



# UNIVERSIDAD DE LA RIOJA

## TRABAJO FIN DE ESTUDIOS

Título

Gestación subrogada: del "mater semper certa est" al "pater et mater incertos sunt"

Autor/es

ANA ESCAURIAZA DEL PUEYO

Director/es

PEDRO V. DE PABLO CONTRERAS

Facultad

Escuela de Máster y Doctorado de la Universidad de La Rioja

Titulación

Máster Universitario en Acceso a la Abogacía

Departamento

DERECHO

Curso académico

2017-18



***Gestación subrogada: del "mater semper certa est" al "pater et mater incertos sunt"***, de ANA ESCAURIAZA DEL PUEYO

(publicada por la Universidad de La Rioja) se difunde bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial-SinObraDerivada 3.0 Unported.

Permisos que vayan más allá de lo cubierto por esta licencia pueden solicitarse a los titulares del copyright.

© El autor, 2018

© Universidad de La Rioja, 2018

[publicaciones.unirioja.es](http://publicaciones.unirioja.es)

E-mail: [publicaciones@unirioja.es](mailto:publicaciones@unirioja.es)

**Trabajo de Fin de Máster**

**GESTACIÓN SUBROGADA: DEL  
*MATER SEMPER CERTA EST AL PA-  
TER ET MATER INCERTOS SUNT***

Autor:

*Ana Escauriaza Del Pueyo*

Tutor: Pedro V. de Pablo Contreras

MÁSTER: Máster de Acceso a la Abogacía

**Escuela de Máster y Doctorado**



**UNIVERSIDAD  
DE LA RIOJA**

**AÑO ACADÉMICO: 2017/2018**

<b>1. INTRODUCCIÓN</b>	<b>5</b>
<b>2. CONCEPTO DE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN</b>	<b>7</b>
2.1 Definición	7
2.2. Tipos	9
<b>3. SITUACIÓN EN ESPAÑA</b>	<b>13</b>
3.1 Antecedentes: ley de 1988 e Informe Palacios	13
3.2 Regulación actual	14
<b>4. EL ORDEN PÚBLICO INTERNACIONAL (OPI)</b>	<b>20</b>
<b>5. MARCO INTERNACIONAL Y RECONOCIMIENTO DE INSCRIPCIONES EXTRANJERAS EN EL REGISTRO CIVIL ESPAÑOL</b>	<b>26</b>
5.1 Situación internacional de la gestación por sustitución	26
5.1.1. Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009	27
5.1.2 Sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Valencia de 15 de septiembre de 2010	35
5.1.3 Instrucción de la DGRN del 5 de octubre de 2010	36
5.1.4 Sentencia de la Audiencia provincial de Valencia de 23 de no- viembre de 2011	45
5.1.5 Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014	46
5.2 Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 26 de junio de 2014	48
5.3. Auto del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 2015	51
5.4. Consecuencias en España de la inscripción de los menores en el Registro Civil: los permisos de maternidad y paternidad	51



## **RESUMEN:**

*La gestación subrogada es una técnica de reproducción humana asistida por la que una mujer (llamada gestante) se compromete, mediante la firma de un contrato, a dar a luz a un menor que no será hijo suyo, sino que se inscribirá a favor de los comitentes.*

*En España, esta práctica se considera nula (art. 10 LTRHA). Debido a ello, muchas personas han decidido acudir a otros países donde la gestación subrogada es legal para celebrar allí los contratos.*

*Al volver a España, los comitentes instan el reconocimiento de la filiación en nuestro Registro Civil y es ahí donde colisionan distintos derechos. Este trabajo estudia las soluciones que tanto la Dirección General de los Registros y del Notariado como nuestros tribunales han aportado.*

---

## **ABSTRACT:**

*The surrogacy is an assisted reproduction technique whereby a woman (called surrogate) agrees, by a contract, to give birth a child who won't be her son, but the baby will become the newborn child's parents (called intended parents).*

*In Spain, these contracts are invalid (art. 10 LTRHA). For that reason, some people have decided to go abroad to countries where surrogacy is legal, in order to enter into these contracts.*

*On returning to Spain, the intended parents try to recognize, in our Registro Civil, the filiation in their favor and then, some rights clashes. In this paper, I study the solutions that the Dirección General de los Registros y del Notariado as also our judges and tribunals have given to this problem.*

## **1. INTRODUCCIÓN**

La gestación subrogada, también conocida como gestación por sustitución, vientres de alquiler, maternidad subrogada o úteros de alquiler, ha adquirido gran protagonismo en los últimos tiempos.

Esta técnica de reproducción humana asistida toma forma mediante un contrato donde intervienen dos partes: la gestante o madre de alquiler y los comitentes. La primera se compromete a dar a luz a un menor y a renunciar a todos los derechos sobre él. Los comitentes, por su parte, serán los padres legales y a todos los efectos de los menores.

La gestación subrogada está sancionada con la nulidad en el ordenamiento jurídico español, como recoge el artículo 10 de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida (LTRHA).

Sin embargo, no todos los países prohíben estos contratos. Algunos Estados han legalizado esta práctica. Dentro de este grupo de países, existen distintos niveles de requisitos y exigencias para poder firmar un contrato de gestación por sustitución. Así, algunos Estados permiten que nacionales de otros estados miembros, sin conexión aparente con ese país, accedan a estas técnicas; creando un negocio de turismo reproductivo.

Los altos costes de esta técnica han restringido su uso a personas con alto poder adquisitivo. Durante años, parecía que la gestación subrogada era más una temática de las páginas del corazón que de las revistas jurídicas. Por ejemplo, en 2006, la aristócrata Carmen Cervera, Baronesa Thyssen, pudo inscribir como suyas a dos niñas nacidas en California previa firma de un contrato de gestación por sustitución.

No obstante, parece que cada vez son más las personas, ya sea a título individual o en pareja, que deciden acudir a otros países para ser padres o madres comitentes. Aunque la práctica en esos países es totalmente legal, los problemas surgen cuando regresan a España e intentan que se reconozca la filiación de los menores a su favor. Es decir, cuando se intenta dar entrada en España a una filiación derivada de un contrato que nuestra ley prohíbe.

Históricamente, como puede verse con casos como el de la ya mencionada Baronesa Thyssen, los Encargados del Registro no opusieron problemas, permitiendo el reconocimiento y, por tanto, apareciendo los comitentes como padres biológicos en el Registro Civil.

Sin embargo, en 2009, el Encargado del Registro Civil de California denegó el reconocimiento a una pareja de varones de una certificación registral de ese mismo Estado. La historia de estos dos menores ha dado lugar a los primeros pronunciamientos judiciales sobre la gestación subrogada en España y ha abierto, en parte, el debate en nuestra sociedad. Tal es así, que en 2013, la Asociación por la Gestación Subrogada en España, presentó una Iniciativa Legislativa Popular para legalizar la práctica.

Además, el partido político Ciudadanos registró en el Congreso de los Diputados, en junio de 2017, una proposición de ley donde también se instaba la derogación de la normativa actual para permitir la entrada de estos contratos en nuestro ordenamiento jurídico. Previamente, ese mismo partido político, presentó una Proposición No de Ley en términos similares en la Asamblea de Madrid, aunque posteriormente fue rechazada por la cámara.

Por lo tanto, la gestación subrogada es un tema de rabiosa actualidad<sup>1</sup> y gran polémica. La regulación actual, tras las posiciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN) y los pronunciamientos judiciales, se ha visto desbordada y se presume insostenible.

La finalidad del presente trabajo consiste en estudiar el marco jurídico y teórico de esta práctica. Para ello, el trabajo se inicia con un análisis del concepto. Posteriormente, se estudiará la regulación Española para pasar, en el punto siguiente, al desarrollo del Orden Público Internacional y su conexión con la gestación subrogada. Este apartado sirve de conexión con el siguiente capítulo, relativo al marco internacional y, especialmente, al intento de reconocer en España las situaciones creadas en otros Estados. Finalmente, el trabajo acabará con las conclusiones emanadas de mismo.

---

<sup>1</sup> La Cadena SER, en julio de 2017, realizó una encuesta sobre la legalización o no de la práctica que puede consultarse en: [http://cadenaser.com/ser/2017/07/17/sociedad/1500269478\\_668618.html](http://cadenaser.com/ser/2017/07/17/sociedad/1500269478_668618.html)



## **2. CONCEPTO DE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN**

### **2.1 Definición**

El legislador no ha fijado el concepto de contrato de gestación por sustitución<sup>2</sup>. A nivel judicial, la única definición se localiza en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de fecha 23 de noviembre de 2011<sup>3</sup>:

*“[la gestación por sustitución es un una técnica] que consiste en un contrato, oneroso o gratuito, a través del cual una mujer consiente en llevar a cabo la gestación, mediante técnicas de reproducción asistida, aportando o no también su óvulo, con el compromiso de entregar el nacido a los comitentes, que pueden ser una persona o una pareja, casada entre si o no, que a su vez pueden aportar o no sus gametos”*

Sin embargo, la doctrina sí ha sido mucho más prolija proponiendo definiciones, aportando aquí, a modo de ejemplo, las dos siguientes. Por un lado, la elaborada por el abogado Sáez-Santurtún Prieto<sup>4</sup>:

*“aquel contrato oneroso o gratuito a través del cual una mujer de manera artificial consiente en llevar la gestación aportando o no su óvulo, con el compromiso de entregar al recién nacido a los llamados comitentes que pueden ser individuales o una pareja matrimonial o de hecho, que puede aportar o no sus gametos y que en la mayoría de los casos estará formada por dos varones”.*

O la realizada por el profesor Vela Sánchez, uno de los juristas más activos en la elaboración de trabajos sobre gestación por sustitución<sup>5</sup>:

*“un supuesto especial de reproducción humana asistida —en pleno proceso de expansión— por el cual una mujer, mediante contraprestación o sin ella, se*

---

<sup>2</sup> Como se ha adelantado, este contrato se recoge en el artículo 10 de la Ley 14/2006 de Técnicas de Reproducción Humana Asistida.

<sup>3</sup> España. Audiencia Provincial de Valencia (sección 10ª), núm. 826/2011, de 23 de noviembre

<sup>4</sup> Sáez-Santurtún Prieto, M. "La maternidad subrogada: estado actual de la cuestión a raíz de la STS de 6 de febrero de 2014". *Diario La Ley*, 2014, núm. 8293, págs. 1 a 6,

<sup>5</sup> Vela Sánchez, A. J. "De nuevo sobre la regulación del convenio de gestación por sustitución o de maternidad subrogada en España: a propósito de la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 23 de noviembre de 2011". *Diario La Ley*, 2012, vol. 7815.

*compromete a gestar un bebé — concebido a través de las técnicas de reproducción asistida— para que otra u otras personas puedan ser padres, biológicos o no”.*

Partiendo de las definiciones expuestas, pueden enumerarse algunas de notas características de esta figura:

- Es un contrato, que puede ser oneroso o gratuito.
- En el mismo, intervienen dos partes:
  - La gestante o mujer que va a tener al /los niño/s
  - El o los comitente o comitentes, quienes pretenden inscribir posteriormente al/los menor/es a su favor
- La gestante aporta su útero, pero no tiene por qué aportar también su material genético.
- El o los comitente o comitentes pueden aportar su material genético o acudir a donaciones de terceros.
- El objeto del contrato es la concepción de uno o varios menores que, tras el parto, se inscribirán a favor de los comitentes y no a favor de la gestante, quebrando el principio latino de *mater semper certa est*.
- Además, suele aparecer la figura del mediador o intermediario, empresas encargadas de poner en contacto a los comitentes con la gestante y que cobran por este servicio.

Si bien los elementos claves que debe contener la definición de este contrato pueden gozar de cierto consenso, la nomenclatura de esta figura no está exenta de polémica. Así, esta práctica se ha denominado como “vientres de alquiler”, “maternidad subrogada”, “maternidad de alquiler”, “gestación surrogada”, “contrato de gestación”, “maternidad intervenida” o “gestación por sustitución”.

Sin duda los términos más polémicos son aquellos que incluyen la palabra “alquiler”, pues son considerados ofensivos y malintencionados.<sup>6</sup>

El concepto maternidad subrogada parece provenir de la traducción inglesa de *subrogate maternity*, y también ha recibido críticas. Fernández-Pacheco considera que esta definición no puede aplicarse cuando la gestante aporta su material genético.<sup>7</sup>

Vela Sánchez<sup>8</sup> apuesta por usar el término “gestación por subrogación” y eliminar las referencias a la maternidad, pues no sólo las mujeres (o las parejas donde hay mujeres) acuden a esta técnica.

## 2.2. Tipos

Como ya ha podido entreverse en las definiciones arriba estudiadas, existen distintos tipos de gestación por sustitución, pudiéndose clasificar siguiendo distintos criterios.

En primer lugar, atendiendo a la aportación genética de la madre, se distingue entre<sup>9</sup>:

- Subrogación tradicional o parcial: cuando la gestante aporta su propio óvulo.

- Subrogación gestacional o plena: la gestante no aporta su material genético, pudiendo ser el óvulo de una de las comitentes o de una donante.

Por lo tanto, dependiendo de quién aporta el material genético, puede haber hasta seis combinaciones posibles: el bebé es hijo genético de los dos comitentes, el bebé es hijo genético del comitente varón y de una donante mujer, o

---

<sup>6</sup> Vela Sánchez, A. J.: “Comentario a la iniciativa legislativa popular para la regulación de la gestación por subrogación en España”. *La Ley*, 2015, no 8457, p. 13.

<sup>7</sup> Fernández-Pacheco en Souto Galván, B, et al.: “Aproximación al estudio de la gestación de sustitución desde la perspectiva del bioderecho”. 2005. *Foro, Nueva época*, núm. 1/2005: 275-292

<sup>8</sup> Vela Sánchez, A. J.: “Comentario a la ...”

<sup>9</sup> Pérez Vaquero, C.: “Diez claves para conocer los vientres de alquiler”. *Noticias Jurídicas*, 2010

es hijo del comitente varón y de la gestante, o es hijo de un donante varón y de la comitente mujer, o es hijo de un donante varón y de la gestante o, finalmente, puede ser hijo genético de dos donantes.

También puede hacerse una distinción entre:

-Contratos gratuitos: la gestante no se lucra con la operación y la realiza por altruismo. No obstante, los comitentes sí abonan ciertas cantidades por los gastos médicos, las incomodidades y las bajas que el embarazo ocasiona en la gestante. Pero las fronteras entre una “indemnización razonable” y una contraprestación económica son muy difusas y bajo una indemnización puede esconderse un verdadero pago por unos servicios. Algunos autores, como Tobella Domínguez<sup>10</sup>, creen que siempre va a existir contraprestación económica pues, sin ella, ninguna mujer se ofrecería a ser madre gestante.

-Contratos onerosos: aquellos en los que los comitentes, además de cubrir los gastos y conceptos arriba expuestos, retribuyen económicamente a la gestante.

No obstante, incluso cuando estamos ante un contrato gratuito, sí puede existir lucro por parte de un tercero: el intermediario. En España, existen varias empresas que se dedican a estos servicios<sup>11</sup>. El precio varía mucho, dependiendo de los servicios a contratar y del país donde va a celebrarse el contrato.<sup>12</sup>

Estas sociedades son una de las piezas más polémicas de la gestación por sustitución. Pérez Vaquero<sup>13</sup> las cataloga como “deshumanizadoras”. Quiñones Escámez<sup>14</sup> advierte del riesgo que corren las jóvenes sin recursos, quienes

---

<sup>10</sup> Tobella Domínguez en Nicolas Torán, A.: “La Gestación por sustitución en España. Estudio doctrinal y reciente jurisprudencia”.

<sup>11</sup> Por ejemplo, entre otras: <http://maternidad-subrogada-centro.es>, <https://interfertility.es> o <http://officialgestlife.com>

<sup>12</sup> Vela Sánchez, A. J.: “La gestación por encargo desde el análisis económico del derecho. Medidas anticrisis desde el Derecho de Familia”. *Diario La Ley*, 2013, no 8055, p. p1-14.

<sup>13</sup> Pérez Vaquero, C.: “Diez claves para conocer...”

<sup>14</sup> Quiñones Escamez, A.: “Doble filiación paterna de gemelos nacidos en el extranjero mediante maternidad subrogada”. *InDret*, 2009, no 3.

pueden ser objeto de explotación por parte de estas compañías. Sin embargo, Vela Sánchez<sup>15</sup> cree que la legalización de esta práctica conllevaría un aumento de estas empresas, mejorando la economía española.

Respecto a la naturaleza del contrato, la mayor parte de la doctrina entiende que estamos ante un contrato de arrendamiento de servicios, aunque con algunas notas de un contrato de arrendamiento de obra.<sup>16</sup> Quienes defienden esta catalogación argumentan que la gestante se compromete a completar el embarazo y el parto, pero no asegura un resultado (es decir, asume una responsabilidad de medios y no de resultado). Lacruz Berdejo<sup>17</sup> lo califica como contrato atípico y Nicolàs Torán apuesta por crear una nueva categoría ad hoc.<sup>18</sup> Otros autores, hablan de un contrato de compraventa de menores<sup>19</sup>.

Además, Lacruz Berdejo<sup>20</sup> distingue, por otro lado, la existencia de tres contratos: el ya mencionado entre la gestante y los comitentes, un segundo contrato (que será de arrendamiento de obra o de servicio) entre el médico, la pareja y la madre portadora y, por último, un contrato de arrendamiento de servicio entre el médico y el hospital

Finalmente, una tercera catalogación posible atiende al momento de filiación:

- La filiación puede atribuirse a los comitentes desde el momento del parto, obteniendo derechos desde la firma del contrato, que se realiza antes de

---

<sup>15</sup> Vela Sánchez, A. J.: "La gestación por encargo desde..."

<sup>16</sup> Sánchez Aristi R.: "La gestación por sustitución: dilemas éticos y jurídicos." *Humanitas Humanidades Médicas*, 2010, vol. 136, p. 13-38.

<sup>17</sup> Lacruz Berdejo en Leonseguí Guillot, R. A.: "La maternidad portadora, sustituta, subrogada o de encargo". 1994. *Boletín de la Facultad de Derecho*. Número 7.

<sup>18</sup> Nicolas Torán, A.: "La Gestación por sustitución en España..."

<sup>19</sup> Aparisi, Á. y López Guzmán, J.: "Aproximación a la problemática ética y jurídica de la maternidad subrogada". *Cuadernos de Bioética*, 2012, vol. 23, núm. 78, págs. 253 a 267 o Orejudo de los Mozos, P.: "Reconocimiento en España de la filiación creada en el extranjero a través de la gestación por sustitución", en Navas Navarro, S. (Dir.), *Iguals y diferentes ante el Derecho privado*, Valencia, 2012, pp. 469-471, entre otros.

<sup>20</sup> Lacruz Berdejo en Romero Coloma A.M.: "La maternidad subrogada a la luz del Derecho Español", *Dilex*, Madrid, 2016

la implantación del embrión en la gestante. Por lo tanto, durante el embarazo pueden nacer obligaciones para la gestante.

- La filiación también puede determinarse con posterioridad al parto, previa resolución judicial, como ocurre en Reino Unido.<sup>21</sup> Jiménez Muñoz<sup>22</sup> entiende que, en estos casos, no estamos ante un contrato de gestación por sustitución, sino ante una adopción irregular por incurrir en fraude de ley.

En definitiva, la gestación subrogada es un contrato, bien sea oneroso o bien sea gratuito, donde intervienen dos partes denominadas gestante y comitentes (quienes, a su vez, pueden aportar material genético o no). A veces, aparece una tercera figura denominada intermediario o mediador. Las partes se obligan a la entrega de un bebé a cambio de sufragar los gastos que ha tenido la madre (si estamos ante un contrato gratuito) e, incluso, a cambio de una contraprestación económica (en los supuestos onerosos). La gestante, por su parte, va a ser siempre la madre biológica del menor, pero puede no ser su madre genética. Finalmente, los comitentes pueden adquirir la paternidad del menor desde su nacimiento o con posterioridad a éste.

---

<sup>21</sup> Quiñones Escámez A.: “Doble filiación paterna...”

<sup>22</sup> Jiménez Muñoz, F.J.: “La reproducción asistida y su régimen jurídico”, *Colección Jurídica General*, Monografías, Madrid, 2012.

### **3. SITUACIÓN EN ESPAÑA**

#### **3.1 Antecedentes: ley de 1988 e Informe Palacios**

La primera referencia legislativa española sobre la gestación por sustitución se encuentra en la Ley 35/1988 sobre Técnicas de Reproducción Asistida<sup>23</sup>, catalogando como nulo este tipo de contratos en su artículo 10. Curiosamente, la redacción aquí recogida se ha mantenido intacta en la nueva ley de 2006, incluyéndose este contenido también en el artículo décimo del texto legal:

*“Artículo 10 Gestación por sustitución*

*1. Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero.*

*2. La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto.*

*3. Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales.”*

Este artículo se redacta inspirado en el conocido como “Informe Palacios”<sup>24</sup>, realizado por la Comisión Especial de Estudio de la Fecundación In Vitro y la Inseminación Artificial Humanas que se creó ad hoc para la posterior redacción y aprobación de la Ley de Técnicas de Reproducción Asistida.

Aunque el Informe Palacios también se mostró desfavorable a la legalización de esta práctica, el legislador sí contó con un documento que apostaba por su regulación: el informe de la Dirección General de los Registros y del Notariado.<sup>25</sup>

---

<sup>23</sup> Vilar González destaca que la ley española es el segundo texto que regula la reproducción asistida en Europa (tras la ley sueca de 1985).

<sup>24</sup> Jiménez Martínez, M. V.: “La inscripción de la filiación derivada de la gestación por sustitución”. Problemas actuales. 2012. Anuario Facultad de Derecho – Universidad de Alcalá V (2012) 365-381

<sup>25</sup> Leonseguí Guillot, R. A.: “La maternidad portadora, sustituta, subrogada...”

### 3.2 Regulación actual

Como ya se ha adelantado, el contrato de gestación por sustitución se regula, actualmente, en el artículo 10 de la LTRHA.

Entre la doctrina se ha suscitado una polémica respecto a si estos contratos son ilegales o no. Es cierto que la ley, en su articulado, no especifica que el pacto sea ilegal, pero la mayoría de la doctrina<sup>26</sup> entiende que la ilegalidad está implícita al catalogarse los contratos como “nulos de pleno derecho”. Sólo algunos autores, como Atienza, Hernández Rodríguez o Nicolás Toràn, defienden que el contrato no es ilegal, sino simplemente ineficaz. Por ejemplo, Atienza<sup>27</sup> compara estos contratos a la ausencia de dos testigos a la hora de firmar algunos testamentos. La ausencia de los dos testigos y, por tanto, el incumplimiento del requisito, no significa que el testamento sea ilegal, sino simplemente nulo.

Parte de la polémica surge porque la LTRHA no estipula sanción administrativa alguna. No obstante, Vilar González opina lo contrario<sup>28</sup> y Pérez Monge<sup>29</sup> entiende que la práctica puede subsumirse en la sanción prevista en el art. 26.2.c.2.

Una parte de la doctrina (Muñoz de Dios Saez y Orejudo Prieto de los Mozos) entiende que sí existe sanción, pero sanción civil. Al estipular que el contrato es nulo se sanciona a los comitentes con la prohibición de no poder inscribir a los menores a su nombre (art. 10.2: “*La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto*”). Además, no podrán reclamarle a la gestante las cantidades entregadas, incluso si ésta incumpliese sus obligaciones, como establecen los arts. 1.305 y 1.306 del Código Civil. No obstante, Romero Coloma<sup>30</sup> entiende que sí puede existir responsabilidad ex-

---

<sup>26</sup> Jiménez Muñoz, Muñoz de Dios Saez, Calvo Caravaca y Carrascosa González... incluso Vela Sánchez, quien está a favor de su regulación, considera que la figura es, a día de hoy, ilegal en España. El TSJ de Madrid, en Sentencia de la Sala de lo Social de fecha 13 de marzo de 2013, también cree que es un contrato ilegal.

<sup>27</sup> Atienza, M.: “De nuevo sobre las madres de alquiler”. *El Notario*, 2009.

<sup>28</sup> Vilar González en Nicolás Toràn, A.: “La Gestación por sustitución en...”

<sup>29</sup> Pérez Monge, M.: “Cuestiones actuales de la maternidad subrogada en España: regulación versus realidad”. *Revista de Derecho Privado*, 2010, p. 41-64.

<sup>30</sup> Romero Coloma A.M.: “La maternidad subrogada a la luz...”



tracontractual si la gestante no cumple los términos del contrato y, especialmente, se le puede obligar a la devolución de las cantidades entregadas si el menor se queda con ella.

Esta autora, además, se pregunta qué pasará si la madre gestante, una vez determinada la filiación a favor de los comitentes, reclamara sus derechos.

Pero esta posición no es pacífica, y otros autores (como Hernández Rodríguez y López Peláez) defienden que no existe sanción, sea civil o sea administrativa.

Estos autores tienen a favor de su tesis el primer pronunciamiento judicial que se produjo en España sobre esta temática, la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 15 de Valencia, de 15 de septiembre de 2010:

*“La declaración de nulidad del contrato no lleva aparejada en dicho texto legal sanción administrativa alguna ni la celebración del mismo tiene trascendencia penal pero ello significa simplemente que el acuerdo de voluntades que supone el contrato no tiene sanción.”*

Jiménez Martínez, Vázquez Muiña, Verdadera Izquierdo, Lledó Yagüe o Cárcaba Fernández, entre otros, consideran que no era necesario que el artículo 10 de la LTRHA recogiese expresamente la prohibición, pues la misma se deriva de varios preceptos del Código Civil. Concretamente, los contratos de gestación por sustitución son nulos por causa ilícita al oponerse a las leyes o a la moral (art. 1275) por comerciar con una materia indisponible como es la gestación (art. 1271) y por carecer de objeto, al ser éste nulo (art. 1261.2). La renuncia de la maternidad, además, supondría un fraude de ley contemplado en el art. 6.3 CC.

Igualmente, esta práctica sería contraria, según estos autores, a algunos derechos constitucionales: a la dignidad de la mujer (art. 10.1 CE) a la igualdad (art. 14) a la integridad moral (art. 15) y a la protección integral de los hijos (art. 39.2).

Por contra, otros juristas como Vela Sánchez<sup>31</sup> creen que el derecho a tener hijos es un Derecho Fundamental derivado del derecho a la libertad (arts. 1.1 y

---

<sup>31</sup> A favor también se encuentran Silva Ruiz y Godoy Vidal

17.1 CE). También encuentra apoyo esta tesis en la STC de 3 de octubre del 2000, donde se configura el derecho a formar una familia. Bien es cierto que el art. 39 de la Constitución, nada habla del derecho a la procreación. No obstante, aún admitiendo la existencia de este derecho, el mismo no puede ser ilimitado y, precisamente, debe entenderse en relación con otros derechos como es el derecho a la dignidad de la gestante y de los menores.

Como se desarrollará en los puntos siguientes, los conflictos administrativos y judiciales habidos en España se produjeron en el período de vigencia de la antigua y derogada Ley del Registro Civil. Así, la doctrina esperaba que la nueva ley abordara el problema, proponiendo nuevas soluciones. Desgraciadamente, esto no ha sucedido<sup>32</sup>. Como recoge Albert Márquez<sup>33</sup>, en los diarios de sesiones de la comisión no se recoge mención alguna a la gestación subrogada.

La actual Ley del Registro Civil 20/2011 regula, en su Título X, las normas de Derecho Internacional Privado. Concretamente, el art. 96 desarrolla el reconocimiento de resoluciones judiciales extranjeras y, el art. 98, el reconocimiento de los asientos realizados por otros Registros extranjeros.

Al no abordar expresamente el problema de la inscripción de la filiación de menores nacidos por contratos de gestación por sustitución, la doctrina no se pone de acuerdo en determinar si, con la nueva ley, se van a denegar o no las inscripciones. Así, Sáez-Santurtún Prieto<sup>34</sup> considera que la vulneración del Orden Público Internacional (OPI) español (recogido como requisito en los arts. 96.2.2.d y 98.1.d) impediría la inscripción. A favor de esta postura está también Albert Márquez<sup>35</sup>. Sin embargo, De Torres Perea<sup>36</sup> defiende que la nueva regulación ampara la inscripción. El autor, citando a otros compañeros, considera

---

<sup>32</sup> Sáez-Santurtún Prieto, M.: "La maternidad subrogada: estado actual..."

<sup>33</sup> Albert Marquez, M.: "Los contratos de gestación de sustitución celebrados en el extranjero y la nueva Ley de Registro Civil", *Diario La Ley*, núm., 7863, 22 de mayo de 2012 (versión online)

<sup>34</sup> Sáez-Santurtún Prieto, M.: "La maternidad subrogada: estado actual..."

<sup>35</sup> Albert Marquez, M.: "Los contratos de gestación de sustitución..."

<sup>36</sup> De Torres Perea, J. M.: "Comentario de la STS de 6 de febrero de 2014 sobre maternidad por sustitución desde la perspectiva del interés del menor". *Diario La Ley*, 2014, vol. 28.

que, bien sea por la vía del nuevo artículo 96 (cuando medie sentencia extranjera) o del artículo 98 (cuando no exista ésta) los comitentes podrán inscribir a los menores, pues “*donde la Ley no distingue, no cabe distinguir*”.

Espinar Vicente<sup>37</sup> entiende, además, que el art. 96 permite la inscripción de algunas sentencias sin exequatur, acudiendo al control incidental. Albert Márquez<sup>38</sup> considera, por otro lado, que, tras la entrada en vigor de la ley, la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010 dejaría de aplicarse, por lo que no sería necesario aportar una sentencia (como se explicará en el punto correspondiente a esta Instrucción) y podrían inscribirse los asientos del Registro extranjero si se cumplen los requisitos del art. 98.

En el ámbito penal, no se discute que la gestación por sustitución no está, per se, considerada delito. No obstante, casi todos los autores (Heredia Cervantes, Hernández Rodríguez, Orejudo Prieto de los Mozos, Lamm o Callejo Rodríguez entre otros) admiten que, de concurrir los presupuestos del tipo, se podría incurrir en un delito de suposición de parto (art. 220.1) y/o de modificación de filiación (art. 220.2). El delito sólo puede producirse si, efectivamente, los comitentes intentan hacerse pasar por los padres biológicos de los menores y, además, crean la ficción de un supuesto parto inexistente. Como expresa Muñoz de Dios, parece que el delito sólo concurre tras el parto, a no ser que, durante el embarazo, pueda considerarse en grado de tentativa.<sup>39</sup>

Barber Cárcamo<sup>40</sup> también incluye, en los posibles delitos que pueden encajar en un contrato de gestación por sustitución, el de entrega, mediando compensación económica, de un menor a otra persona (art. 221.1 CP) y el de recepción e intermediación, aunque la entrega del menor se realice en un país

---

<sup>37</sup> Espinar Vicente en Salvador Gutiérrez, S.: “Reconocimiento registral de la determinación en el extranjero de doble filiación paterna mediante técnicas de gestación por sustitución”, en [http://www.elderecho.com/civil/Reconocimiento-determinacion-extranjero-gestacion-sustitucion\\_11\\_455680009.html](http://www.elderecho.com/civil/Reconocimiento-determinacion-extranjero-gestacion-sustitucion_11_455680009.html)

<sup>38</sup> Albert Marquez, M.: “Los contratos de gestación de sustitución...”

<sup>39</sup> Muñoz De Dios Sáez, L. F.: “¿ Se ha legalizado o no el alquiler de vientres?”. *El Notario del Siglo XXI*, 2010, no 34, p. 45-50.

<sup>40</sup> Barber Cárcamo, R.: “La legalización administrativa de la gestación por sustitución en España (Crónica de una ilegalidad y remedios para combatirla)”. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2013, vol. 739, p. 2905-2950.

extranjero (art. 221.2 CP). La autora entiende que el segundo tipo encaja perfectamente en las prácticas que se expondrán a lo largo del trabajo y que, por tanto, es punible la acción de acudir al extranjero para tener un menor por gestación por sustitución y, posteriormente, volver a España.

Si, además, se intentara la inscripción de los menores en el Registro Civil español ocultando el hecho de que han sido concebidos mediante estas técnicas, para Barber Cárcamo<sup>41</sup> se estaría cometiendo también un delito de falsedad en documento público. No obstante, la profesora considera que la persecución de estos delitos, aunque tiene base legal, no es recomendable, pues supondría un perjuicio para los menores.

En contra se posicionan autores como Benítez Ortúzar<sup>42</sup>, quien entiende que el delito de simulación de parto y de modificación de la filiación sólo puede producirse cuando existe un interés económico en la práctica (cuando se modifica, por ejemplo, una filiación para acceder a unos derechos sucesorios). Al carecer la gestación por sustitución de dicho interés, no estaría tipificado. No obstante, cabe preguntarse si este argumento se utilizaría también para los contratos de gestación subrogada onerosos.

Finalmente, no son competentes los Tribunales españoles para conocer los posibles delitos derivados del denominado “turismo reproductivo”. Nuestros jueces se ven limitados por el principio de territorialidad del Derecho Penal. Pero, además, aunque se aplicara el principio de personalidad (art. 23.2 LOPJ) que permite aplicar la ley penal española a los nacionales españoles con independencia del lugar donde se cometió el delito, Orejudo Prieto de los Mozos<sup>43</sup> recuerda que el artículo 22.3 de la LOPJ establece un criterio de “doble incriminación”, y para que un tribunal español sea competente para conocer un delito cometido allende nuestras fronteras, la ley exige que la práctica sea delictiva

---

<sup>41</sup> Barber Cárcamo, R.: “La legalización administrativa de la gestación por sustitución...”

<sup>42</sup> Benítez Ortúzar en Hernández Rodríguez, A.: “Determinación de la filiación de los nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución: ¿Hacia una nueva regulación legal en España?”. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2014, vol. 6, núm. 2, págs. 147 a 174

<sup>43</sup> Orejudo de los Mozos, P.: “Reconocimiento en España...”

en ambos países. Quiñones Escámez<sup>44</sup> defiende que sí puede tener España jurisdicción penal si se entiende que el delito se consuma al inscribir a los menores en el Registro Civil.

---

<sup>44</sup> Quiñones Escámez, A.: “Doble filiación paterna...”

#### **4. EL ORDEN PÚBLICO INTERNACIONAL (OPI)**

El Orden Público Internacional está formado por el “*conjunto de principios jurídicos públicos, políticos, morales y económicos que son absolutamente obligatorios para la conservación de un modelo de sociedad o en un pueblo y época determinada*”.<sup>45</sup>

Estos principios se encuentran recogidos en la Constitución, pero no sólo en ésta. Otras normas, ya sea de carácter estatal como internacional, pueden recoger elementos que forman parte del OPI español.

Aunque existió un importante debate histórico, en la actualidad se entiende que el Orden Público Internacional no lo constituye una lista cerrada de actuaciones, sino que está formado por unas cláusulas generales<sup>46</sup>. Por ello, el OPI es un concepto jurídico indeterminado<sup>47</sup> y una vulneración del Orden Público Internacional sólo puede comprobarse caso a caso.

Como se tendrá oportunidad de desarrollar a lo largo del trabajo, la importancia del OPI se constituye cuando se intenta reconocer los efectos en España de una decisión extranjera (ya sea judicial o de otra naturaleza) y ésta, por diversos motivos, puede causar una lesión en la cohesión y en la estructura jurídica de nuestra sociedad<sup>48</sup>. El legislador y la jurisprudencia entienden que la preservación de esa cohesión reviste un interés público que debe anteponerse a los intereses privados que intentan hacerse valer con el reconocimiento, por lo que el mismo debe denegarse.

La actual ley del Registro Civil, en sus artículos 96 y 98, exige que la certificación que se pretende inscribir no puede vulnerar nuestro Orden Público Internacional. Igualmente, la ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil, en su artículo 41 y siguientes, desarrolla el reco-

---

<sup>45</sup> STC 54/1989 en Hernández Rodríguez, A.: “Determinación de la filiación de los nacidos...”

<sup>46</sup> Calvo Caravaca, A. L., y Carrascosa González, J.: “Notas críticas en torno a la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 de octubre 2010 sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución”. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2011, vol. 3, núm. 1, págs. 247 a 262.

<sup>47</sup> España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) Auto núm. 338/1979, de 24 de octubre

<sup>48</sup> Calvo Caravaca A.L. y Carrascosa González J.: “Notas críticas en torno a...”

nocimiento y ejecución de resoluciones judiciales y documentos públicos extranjeros. Además, el art. 12.3 del CC impide aplicar una norma extranjera cuando, pese a ser la ley aplicable, sea contraria al OPI.

Hernández Rodríguez<sup>49</sup> recoge las características que tiene esta figura:

- Opera siempre de modo restrictivo y proporcionado. Es decir, sólo actúa cuando se defiende una necesidad social imperiosa.
- Ha de ser actual y, por tanto, está conformado por los principios básicos del Derecho en el momento en el que se pretende el reconocimiento.
- Cabe un reconocimiento parcial de la resolución (es decir, no siempre que opere el OPI se va a denegar íntegramente el reconocimiento).
- Sólo opera cuando la situación tiene conexiones suficientes con España.
- Una vulneración del OPI español no lo constituye el hecho de que el juez extranjero haya aplicado, al fondo del asunto, una ley distinta a la española
- La interpretación del OPI es siempre restrictiva. La resolución extranjera debe contener una contradicción manifiesta y flagrante con los principios de nuestro ordenamiento.

Hernández Rodríguez<sup>50</sup> también advierte de que no debe confundirse el OPI con otras figuras similares como:

- Las normas simplemente imperativas: son aquellas normas de Derecho Privado que no pueden ser ignoradas por pactos entre los particulares. En este caso, se habla de orden público interno. Para autoras como Hernández Rodríguez o Camarero González, el art. 10 LTRHA es una norma imperativa. Esto significa que el precepto sólo podrá aplicarse cuando, según el art. 9.4 CC, se aplique la ley española.
- Normas internacionalmente imperativas: se aplican por normas de extensión, pero tampoco integran el OPI.

---

<sup>49</sup> Hernández Rodríguez, A.: "Determinación de la filiación de los nacidos..."

<sup>50</sup> *Ídem*

- Leyes territoriales: limitan la aplicación de las normas a un territorio concreto.

Como se expondrá en el punto siguiente, los tribunales españoles han considerado que la inscripción en el Registro Civil español de un menor nacido por gestación subrogada sí infringe el Orden Público Internacional español. La Audiencia Provincial de Valencia, en su Sentencia de 23 de noviembre de 2011 entiende que esta práctica es contraria a la dignidad de la persona (art. 10.1 CE), integridad moral (art. 15 CE) y la protección de los hijos y de las madres por parte de los poderes públicos (art. 39.2 CE).

Además, para Barber Cárcamo<sup>51</sup>, la gestación subrogada también vulnera el OPI español porque esta técnica hurta a los menores su identidad biológica, derecho que ha sido considerado parte del OPI español por el Tribunal Supremo (STS de 21 de septiembre de 1999).

Por contra, la Dirección General de los Registros y el Notariado (DGRN) considera, como se detallará, que no existe vulneración alguna del Orden Público Internacional. Para ello, usa los siguientes argumentos:

- En primer lugar, la legislación española permite la adopción por parte de dos varones. Y como, además, el ordenamiento jurídico español no permite distinguir entre hijos biológicos y adoptados; debe admitirse la inscripción como hijos biológicos de los menores a favor de los comitentes varones.
- El art. 7.3 de la LTRHA permite que dos mujeres aparezcan como madres biológicas en el Registro Civil, por lo que no puede denegarse el mismo derecho a dos varones.
- El Interés Superior del Menor aconsejaría esa inscripción.
- El Derecho español reconoce otras formas de filiación distintas a la biológica, donde entraría la gestación subrogada.

---

<sup>51</sup> Barber Cárcamo, R.: “La legalización administrativa de la gestación por sustitución...”



Autores<sup>52</sup> como Bercovitz Rodríguez-Cano<sup>53</sup> consideran que la inscripción sí vulnera el OPI español, por ser una decisión que atenta contra la dignidad de la mujer. Sin embargo, Heredia Cervantes<sup>54</sup> o Álvarez González<sup>55</sup> no se muestran tan tajantes y entienden que no todas las inscripciones infringen nuestro OPI, sino solamente aquellas donde la mujer no ha consentido libremente<sup>56</sup>.

Barber Cárcamo<sup>57</sup> recuerda que parte de la doctrina considera que se vulnera el OPI sólo cuando el contrato es oneroso. Para la autora, no es admisible esa tesis pues nuestro ordenamiento jurídico rechaza el contrato no por suponer un lucro, sino porque convierte en objeto la capacidad de tener hijos.

Quiñones Escamez<sup>58</sup> estudia la posibilidad de la aplicación de un OPI atenuado, descartándola porque la aplicación de un orden público internacional atenuado depende de los vínculos del caso con el país y, en los casos dados hasta la fecha, la relación con España es muy fuerte, ya que tanto los comitentes como los menores viven y van a vivir en nuestro país. Además, Vázquez Muiña<sup>59</sup> considera que la inscripción de la filiación no es una consecuencia periférica ni última del contrato, como se puede entender de la resolución de la DGRN, sino que es su núcleo central, pues el objeto del contrato de gestación por sustitución es, precisamente, conseguir un menor con filiación biológica a favor de los comitentes.

---

<sup>52</sup> También Albert Márquez, De Verda y Beamonte, Muñoz de Dios, Orejudo Prieto de los Mozos...

<sup>53</sup> Bercovitz Rodríguez-Cano, R.: "Hijos made in California", AC, núm. 3, 2009 (*Westlaw Aranzadi*, BIB 2009/411)

<sup>54</sup> Heredia Cervantes, I.: "La Dirección General de los Registros y del Notariado ante la gestación por sustitución". *Anuario de Derecho Civil*, 2013, vol. 66, núm. 2, págs. 687 a 715

<sup>55</sup> Álvarez González, S.: "Efectos en España de la gestación por sustitución llevada a cabo en el extranjero", *Anuario Español de Derecho internacional privado*, 2010, pp. 339-377

<sup>56</sup> Tampoco creen que vulnere el Orden Público Internacional ni la DGRN ni el voto particular de la STS de 3 de febrero de 2014

<sup>57</sup> Barber Cárcamo, R.: "La legalización administrativa de la gestación por sustitución..."

<sup>58</sup> Quiñones Escámez, A.: "Doble filiación paterna de gemelos nacidos ..."

<sup>59</sup> Vázquez Muiña, T.: "La inscripción en el Registro Civil Español de los hijos nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución.", 2013.

Calvo Carravaca y Carrascosa González<sup>60</sup>, admitiendo la existencia de un OPI no atenuado, entienden que la inscripción no es ni un elemento fundamental del contrato ni parte de su ejecución, sino la plasmación de una certificación extranjera.

Sobre el Orden Público Internacional atenuado, González Martín<sup>61</sup> considera que la Conferencia de Derecho Internacional Privado de la Haya de 10 de marzo de 2012 apostó por la cooperación internacional en materia de gestación subrogada, por lo que los jueces nacionales no pueden adoptar una visión absolutista de OPI en este tema.

Romero Coloma<sup>62</sup> recuerda que los Tribunales, en algunos supuestos, permiten la entrada en nuestro país de prácticas contrarias al Orden Público Internacional español cuando su denegación pudiera suponer una desprotección jurídica para determinados sujetos. Un ejemplo son las resoluciones de compromiso en el ámbito social.

Otros autores<sup>63</sup> no sólo se centran en una posible infracción del OPI español, sino que también creen que el art. 10 de la LTRHA es una norma de policía<sup>64</sup>, por lo que impediría la aplicación de la ley extranjera y obligaría a acudir a la ley española, impidiendo la inscripción. Quiñones Escámez<sup>65</sup> añade que, aunque no se considere el art. 10 LTRHA como una norma de policía, debe aplicarse la ley española en virtud del art. 9.4 CC, que considera que la ley aplicable, en materia de filiación, es la ley de la nacionalidad del sujeto.

---

<sup>60</sup> Calvo Carravaca A.L. y Carrascosa González J.: “Gestación por sustitución y Derecho Internacional Privado: Consideraciones en torno a la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de febrero de 2009”, en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, octubre de 2009, Vol. 1, no 2, págs. 294-319.

<sup>61</sup> González Martín, B.: “No inscripción en el Registro Civil español de los menores nacidos mediante gestación por sustitución”, *El Notario del Siglo XXI*, 2013, no 54

<sup>62</sup> Romero Coloma, A.M.: “La maternidad subrogada a la luz...”

<sup>63</sup> Quiñones Escámez, A.: “Doble filiación paterna de gemelos nacidos...”

<sup>64</sup> Una definición de norma de policía se encuentra en el art. 9.1 del Reglamento 593/2008, más conocido como Roma I: “Una ley de policía es una disposición cuya observancia un país considera esencial para la salvaguardia de sus intereses públicos, tales como su organización política, social o económica, hasta el punto de exigir su aplicación a toda situación comprendida dentro de su ámbito de aplicación, cualquiera que fuese la ley aplicable al contrato según el presente Reglamento.”

<sup>65</sup> Quiñones Escámez, A.: “Doble filiación paterna de gemelos nacidos...”

Cabe mencionar una situación que, pese a no haberse producido en la práctica, no está exenta de problemas. Si un país miembro de la Unión Europea flexibilizara su legislación sobre gestación subrogada favoreciendo el turismo reproductivo, España se encontraría con un grave problema, pues pese a infringir nuestro OPI, no podría impedirse la inscripción en virtud del principio de libre circulación de las personas (art. 21 TFUE) que rige en el Derecho comunitario.

## **5. MARCO INTERNACIONAL Y RECONOCIMIENTO DE INSCRIPCIONES EXTRANJERAS EN EL REGISTRO CIVIL ESPAÑOL**

Al igual que ocurre en otros tantos ámbitos jurídicos, el estudio de la gestación subrogada no debe circunscribirse únicamente al Derecho español. La situación social actual, donde las relaciones humanas sobrepasan claramente los límites del Estado y donde los particulares entablan cada vez más relaciones de carácter internacional, obliga a mirar más allá de nuestras fronteras y a realizar un estudio de esta práctica en otros países, estudio que se desarrollará en este capítulo del trabajo.

Además, se va a analizar la problemática de la inscripción en nuestro Registro Civil de la filiación de los menores que han nacido a consecuencia de un contrato de gestación por sustitución en un país donde es legal esta práctica.

### **5.1 Situación internacional de la gestación por sustitución**

A nivel internacional, pueden observarse tres realidades distintas<sup>66</sup>:

- En muchos países (y, entre ellos, en la mayoría de los países europeos) la práctica está prohibida. Pueden citarse, como ejemplos España, Francia, Alemania, Suiza o Italia.

- En otros países, la práctica está permitida siempre que sea altruista y que se cumplan ciertos requisitos. Estas condiciones pueden ser más o menos restrictivas y suelen incluir que tanto la gestante como los comitentes hayan estado residiendo en el país durante un período mínimo de años, que la pareja comitente acredite su infertilidad, que sólo accedan a ella parejas casadas, que las gestantes tengan una situación económica estable... Algunos países que forman parte de este grupo son Brasil, Israel, Grecia, Reino Unido o La India.

- Finalmente, un pequeño tercer bloque de países lo constituyen aquellos estados donde la práctica es legal, con requisitos más laxos. En Europa, destacan Rusia y Ucrania (aunque limitan la práctica a parejas casadas - en

---

<sup>66</sup> Vázquez Muiña, T.: “La inscripción en el Registro Civil ...”

el caso de Rusia - y heterosexuales). Y, en Estados Unidos, sobresale el Estado de California, paraíso por antonomasia de esta práctica.

Uno de los últimos países que ha legislado sobre la gestación subrogada ha sido nuestro vecino Portugal<sup>67</sup>. El país luso ha legalizado esta práctica en su vertiente altruista y, tras la primera autorización otorgada en diciembre de 2017 se espera que en 2018 nazca el primer bebé<sup>68</sup>. Aunque la ley permite que tanto comitentes como madre gestante no residan en Portugal, el efecto llamada se ve frenado por las fuertes restricciones que ha introducido el legislador (y, de hecho, sólo pueden acceder a ella parejas heterosexuales con problemas de fertilidad).

## **5.2 Inscripción en el Registro Civil español de los menores nacidos por un contrato de gestación subrogada en el extranjero.**

A continuación, se desarrolla un análisis crítico de las distintas resoluciones sobre la gestación subrogada falladas tanto por órganos judiciales como no judiciales y por tribunales de ámbito estatal e internacional. Las mismas, para su mejor comprensión, se presentan en orden cronológico.

### 5.1.1. Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009

El 24 de octubre de 2008<sup>69</sup>, un matrimonio de dos varones de nacionalidad española, solicitan al Registro Consular español de Los Ángeles la inscripción a su favor de dos menores.

---

<sup>67</sup> Hernández Morales, A.: “Los españoles ya pueden acceder a la gestación subrogada en Portugal, que la acaba de legalizar”, [online] *El Mundo*, 2 de agosto de 2017, disponible en: <http://www.elmundo.es/sociedad/2017/08/02/598069dd468aeb70f8-b460b.html>

<sup>68</sup> Martín del Barrio, J.: “Una abuela dará a luz a su nieto en la primera gestación subrogada en Portugal” [online] *El País*, 16 de diciembre de 2017, disponible en: [https://elpais.com/internacional/2017/12/15/actualidad/1513366890\\_718218.html](https://elpais.com/internacional/2017/12/15/actualidad/1513366890_718218.html)

<sup>69</sup> Camarero González, G. J.: “Notas sobre la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de febrero de 2009, en un caso de gestación por sustitución”, *Diario La Ley*, n.o 7910, Sección Tribuna

La misma les fue denegada por aplicación del mencionado artículo 10.1 de la LTRHA. No contentos con la decisión, la pareja interpuso recurso ante la Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN) quien, en fecha 18 de febrero de 2009, permitió la inscripción en una polémica resolución.

Las reacciones a la Resolución no se hicieron esperar, y un buen porcentaje de la doctrina (incluidas personas que se encuentran a favor de la gestación por sustitución) criticaron tanto el fallo como la argumentación de la DGRN. De hecho, la resolución conllevó que el Ministerio Fiscal interpusiese una demanda ante los Juzgados de Valencia (lugar donde reside el matrimonio y los menores). Cabe mencionar que el Ministerio Fiscal, pese a haber recibido el derecho de audiencia por parte de la DGRN antes de dictar la resolución, decidió no presentar alegaciones, al entender que, como el Encargado había rechazado la inscripción, la filiación no tenía todavía efectos en España<sup>70</sup>.

Una de las valoraciones más polémicas de la resolución ha sido la relativa al Orden Público Internacional español.<sup>71</sup>

Tampoco ha despertado especiales simpatías la argumentación que desarrolla la resolución sobre un posible trato discriminatorio hacia los varones homosexuales si se negase la inscripción. Albert Márquez<sup>72</sup> critica la exposición de la DGRN, ya que la inscripción no se deniega por ser dos varones, sino porque el contrato es nulo. Si hubiesen acudido dos mujeres, una pareja heterosexual, una mujer sola o un hombre solo, también se hubiese denegado la inscripción, por lo que no cabe hablar de discriminación. A esta misma tesis se acogen otros autores como De Verda y Beamonte<sup>73</sup>.

---

<sup>70</sup> Quiñones Escámez, A.: “Doble filiación paterna de gemelos nacidos...”

<sup>71</sup> Pueden leerse las distintas posiciones adoptadas por la doctrina en el capítulo 4 de este trabajo, relativo al Orden Público Internacional.

<sup>72</sup> Albert Marquez, M.: “Los contratos de gestación de sustitución celebrados ...”

<sup>73</sup> De Verda y Beamonte, R.: “Inscripción de hijos nacidos mediante Gestación por sustitución (a propósito de la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 15 de Valencia, de 15 de septiembre de 2010)”, *Diario La Ley*, n.o 7501, Sección Tribuna, 3 de noviembre de 2010.

No puede hablarse de discriminación, defienden autores como Farnós Amorós<sup>74</sup>, cuando se realiza un trato diferenciado a situaciones distintas (idea amparada por el Tribunal Supremo en su Sentencia de 5 de julio de 1982). Un hombre no puede dar a luz, así que no puede existir paternidad biológica de una pareja de hombres. Además, prosigue la profesora, admitir este argumento de la DGRN es admitir que el artículo 10 de la LTRHA es inconstitucional, cuando no es así. Orejudo Prieto de los Mozos<sup>75</sup> desarrolla un poco más esta idea: en el Derecho español, la filiación se crea bajo el precepto latino de *mater semper certa est*. La existencia de esta institución se basa, precisamente, en el interés superior del menor. Si la filiación se determina por el parto, el menor tendrá, al menos, un responsable (la parturienta) que cuide de él. Además, añade Orejudo Prieto de los Mozos<sup>76</sup>, tampoco puede hablarse de discriminación porque las parejas de mujeres sí puedan optar a esa inscripción biológica. Aunque, obviamente, la pareja de la madre biológica no puede ser, a su vez, madre biológica del menor (es decir, no puede tener dos madres biológicas) esta situación se produce porque también se permite la inscripción como padre biológico en las parejas heterosexuales, aunque no haya aportado material genético (cuando, por ejemplo, la mujer ha sido inseminada por un donante). Lamm<sup>77</sup>, por contra, cree que si se reconoce un derecho a procrear a las mujeres, también debe reconocerse ese mismo derecho a los hombres. La autora equipara la gestación subrogada a la inseminación de una mujer soltera u homosexual. Una mujer sola (o cuya pareja es otra mujer) tampoco puede ser madre sin que medie el espermatozoides de un hombre. Si se permite a estas mujeres ser madres biológicas, Lamm<sup>78</sup> no entiende por qué se prohíbe la gestación subrogada, prohibiéndose también el derecho a los hombres de ser padres biológicos cuando su pareja no es una mujer. Finalmente, Leonseguí Guillot<sup>79</sup> ya

---

<sup>74</sup> Farnós Amorós, E.: "Inscripción en España de la filiación derivada del acceso a la maternidad subrogada en California. Cuestiones que plantea la Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009". *InDret*, 2010, núm.1, págs. 1 a 25

<sup>75</sup> Orejudo de los Mozos, P.: "Reconocimiento en España de la filiación..."

<sup>76</sup> *Ídem*.

<sup>77</sup> Lamm E. en Nicolás Torán, A.: "La Gestación por sustitución en España..."

<sup>78</sup> *Ídem*.

<sup>79</sup> Leonseguí Guillot, R. A.: "La maternidad portadora, sustituta, subrogada..."

defendía en 1994, una década antes de la legalización del matrimonio homosexual, que el contrato era nulo por su objeto.

Bercovitz Rodríguez-Cano y Fernández-Sancho Tahoces<sup>80</sup> consideran que no es cierto que el art. 14 de la Constitución defienda que no existe distinción entre la filiación de hijos biológicos y adoptivos. Esa distinción existe y está recogida en la ley. Lo que ampara el art. 14 es que, posteriormente, no pueda darse un trato diferenciado a unos y otros.

Farnós Amorós<sup>81</sup> añade que, además, la madre gestante podría reclamar la filiación conforme al art. 10.2 de la LTRHA y, por tanto, si se ha admitido la filiación previamente a favor de los comitentes, el menor contaría con tres progenitores.

Camarero González<sup>82</sup> entiende que el control de legalidad del que habla el art. 81 RRC exige que el Registrador extranjero haya realizado la inscripción conforme a la ley nacional del hijo, lo que obliga a aplicar el art. 9.4 CC. La autora denuncia, además, que ésta era la doctrina tradicionalmente mantenida por la DGRN y que, inexplicablemente, ignora en la presente resolución. Efectivamente, como recuerda Barber Cárcamo<sup>83</sup>, en España existen dos tesis que mantienen interpretaciones diferentes sobre qué debe incluir el “control de legalidad” del art. 23 LRC. Por un lado, la tesis del control conflictual, ya explicada y mantenida por la DGRN hasta la fecha, donde se exige la aplicación de la ley a la que conducen nuestras normas de DIPr (que, en caso de filiación, sería la ley nacional del sujeto). Y, por otro, la tesis del control de la regularidad internacional, corriente que defiende un control sobre la regularidad formal de la inscripción y su adecuación al Orden Público Internacional, aplicando por analogía los requisitos que la ley exige para el reconocimiento de una sentencia extranjera. Es decir, aunque ambas tesis tienen apoyo teórico y doctrinal, es

---

<sup>80</sup> Fernández-Sancho Tahoces, A.: “Eficacia jurídico registral del contrato de gestación subrogada”, en *Revista Aranzadi Doctrinal* no 6/2011, 9 de septiembre

<sup>81</sup> Farnós Amorós, E.: “Inscripción en España de la filiación derivada...”

<sup>82</sup> Camarero González, G. J.: “Notas sobre la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado...”

<sup>83</sup> Barber Cárcamo, R.: “La legalización administrativa de la gestación por sustitución en España...”



curioso que la DGRN cambiase su criterio. Además, Barber Cárcamo<sup>84</sup> considera que tanto la redacción del art. 23 LRC como los arts. 97 y 98 de la nueva Ley 20/2011, parecen dar más apoyo a la primera corriente.

En conexión con este argumento, Camarero González<sup>85</sup> defiende también la existencia de fraude de ley que la resolución niega<sup>86</sup>. De hecho, como señala Nicolàs Torán<sup>87</sup>, la propia DGRN admite que la práctica de la gestación subrogada está prohibida en España. Quiñones Escamez<sup>88</sup> habla de “fraude de la norma de conflicto” o “fraude al conflicto de calificaciones”, pues la pareja internacionaliza el conflicto de manera artificial (ya que no tienen ninguna relación con California) simplemente para que el tribunal estadounidense tenga competencia; competencia que, según la autora, es desproporcionada. La competencia es desproporcionada porque, además de no existir conexión con California, el juez se está pronunciando sobre una materia indisponible como es la filiación por voluntad de las partes. Es decir, las partes crean un fuero artificial sobre una materia indisponible.

No obstante, aunque estemos hablando del reconocimiento de una resolución extranjera, Quiñones Escamez<sup>89</sup> puntualiza que nada obliga a que el país en el que se pretende reconocer deba soportar situaciones creadas artificialmente al amparo de una normativa extranjera permisiva.

Además, Orejudo Prieto de los Mozos<sup>90</sup> recuerda que una certificación registral es simplemente un documento que acredita que se ha inscrito en un Registro determinado un hecho. Igualmente, en el Registro español se intenta inscribir no la certificación, sino el hecho. Por lo tanto, si el hecho no es cierto o es contrario a la ley española, cabe denegar el reconocimiento.

---

<sup>84</sup> *Ídem.*

<sup>85</sup> *Ídem.*

<sup>86</sup> También apoya este argumento Bercovitz-Rodríguez.

<sup>87</sup> Nicolàs Torán, A.: “La gestación por sustitución en España...”

<sup>88</sup> Quiñones Escámez, A.: “Doble filiación paterna de gemelos nacidos...”

<sup>89</sup> *Ídem.*

<sup>90</sup> Orejudo de los Mozos, P.: “Reconocimiento en España de la filiación...”

Camarero González<sup>91</sup> entiende que sí debe aplicarse la ley española. El art. 9.4 del CC determina la ley aplicable en función de la nacionalidad de los hijos. El virtud del art. 17.1 del CC estos son españoles, por lo que su filiación debe realizarse bajo la ley española. La autora, en definitiva, cree que debe aplicarse la ley de la nacionalidad de los menores y no la ley de donde nacen los menores, como ocurre en el presente caso.

Una apreciación muy interesante es la defendida por Heredia Cervantes, Jiménez Muñoz o Quiñones Escámez, entre otros. Estos autores advierten que lo que debe reconocerse en España no es la inscripción, sino la sentencia californiana que atribuye la paternidad a los dos valencianos. La inscripción es, simplemente, una manifestación de la sentencia y es ésta la que debería reconocerse. Eso llevaría, indudablemente, a la obligación de acudir al procedimiento de exequatur, donde el juez no tendría más remedio que denegar la inscripción. Como explica Heredia Cervantes<sup>92</sup>, admitir lo contrario es vaciar el contenido del art. 83 RRC (el relativo al reconocimiento de sentencias extranjeras) pues siempre se podría aportar algún documento que trajera cuenta del fallo judicial para evitar el exequatur. Aunque Quiñones Escamez<sup>93</sup> advierte que, si la sentencia extranjera respeta los elementos esenciales del ordenamiento jurídico español, el juez tampoco tiene por qué entrar a realizar un control del fondo.

Un enfoque diferente lo aporta Álvarez González<sup>94</sup>, quien entiende que una situación puede ser válida (en este caso, la filiación de los menores respecto a los comitentes) sin que esté inscrita en el Registro Civil, pues la inscripción no es constitutiva.

---

<sup>91</sup> Camarero González, G. J.: “Notas sobre la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado...”

<sup>92</sup> Heredia Cervantes. I.: “La Dirección General de los Registros y el Notariado...”

<sup>93</sup> Quiñones Escámez, A.: “Doble filiación paterna de gemelos nacidos...”

<sup>94</sup> Álvarez González, S.: “Efectos en España de la gestación ...”

El otro gran bloque de críticas a la resolución se centran en el concepto del Interés Superior del Menor (IMS)<sup>95</sup> y en los argumentos que realiza la DGRN en relación a éste. Por ejemplo, Albert Márquez<sup>96</sup> desmiente que los menores se queden sin filiación, pues el Encargado, al denegar la inscripción, aportó una solución: la contenida en los arts. 10.2 y 10.3 de la LTRHA, es decir, la filiación a favor de la gestante y, posteriormente, la reclamación de filiación del padre biológico.

Son muchos los autores<sup>97</sup> (los ya mencionados Albert Márquez, De Verda y Beamonte o Jiménez Martínez<sup>98</sup>) que se cuestionan hasta qué punto el IMS puede colocarse por encima del propio ordenamiento jurídico e ignorar normas que prohíben explícitamente prácticas como la gestación por sustitución.

Quiñones Escamez<sup>99</sup> le da la vuelta al argumento y cree que, precisamente, la denegación de la inscripción es la opción más favorable para el IMS. Permitir la inscripción, supone admitir que los menores son objeto de comercio. Como define muy gráficamente la autora: se trata de evitar el derecho al niño y proteger el del niño. Como señala Romero Coloma<sup>100</sup>, los comitentes pueden tener la sensación de que están comprando un producto y como, además, supone un gran desembolso económico, van a exigir una calidad acorde a ese pago. Eso puede generar situaciones donde los comitentes insten a la “devolución” de los niños por no cumplir sus expectativas, como ya sucedió en Tailandia en 2014, cuando una pareja homosexual se desentendió de uno de los dos gemelos nacidos por gestación por sustitución por haber nacido con síndrome de down. Otro ejemplo muy famoso es el caso de Manji, una niña nacida en La India tras la firma de un contrato entre la gestante y unos comitentes japoneses. Cuando

---

<sup>95</sup> Cabe recordar que el Interés Superior del Menor (IMS) es uno de los argumentos esgrimidos para permitir las inscripciones en España por parte de la Resolución de la DGRN.

<sup>96</sup> Albert Marquez, M.: “Los contratos de gestación de sustitución celebrados ...”

<sup>97</sup> Aunque también aparecen autores a favor de la interpretación del Interés Superior del Menor que hace la resolución, como Bonillo Garrido o Cerdà Subirach.

<sup>98</sup> Jiménez Martínez, M.V.: “La inscripción de la filiación derivada...”

<sup>99</sup> Quiñones Escámez, A.: “Doble filiación paterna de gemelos nacidos...”

<sup>100</sup> Romero Coloma, A.M.: “La maternidad subrogada a la luz...”

Manji nació, la pareja japonesa se había separado por lo que no quiso hacerse cargo de la menor.

Barber Cárcamo<sup>101</sup> también defiende que la gestación subrogada es contraria al Interés Superior del menor, ya que limita su derecho a conocer su origen biológico, derecho de relevancia constitucional (STC de 17 de enero de 1994).

Bercovitz Rodríguez-Cano<sup>102</sup> tampoco acepta los argumentos de la DGRN. El autor entiende que el IMS podría exigir que los menores se queden bajo el cuidado de los comitentes hasta que se formalice la adopción, pero nunca puede admitirse la solución dada por la Resolución.

Orejudo Prieto de los Mozos<sup>103</sup> advierte que de llevar esta política de aceptar los hechos consumados hasta el final, supone aceptar la filiación por ser la mejor opción para el menor sea cual sea el contexto.

Dos últimos apuntes deben hacerse. En primer lugar, Bercovitz Rodríguez-Cano<sup>104</sup> considera que la DGRN no demuestra que haya indicios racionales de que los menores sean hijos de español (argumento esgrimido por la DGRN para considerarlos españoles) y que, además, no es así.

En segundo lugar, Vázquez Muiña<sup>105</sup> entiende que las sentencias del TEDH que utiliza la DGRN no son de aplicación al caso, pues éstas tratan sobre los apellidos y, en este caso, hablamos de filiación. Y como recuerda Barber Cárcamo<sup>106</sup>, los apellidos no se vinculan necesariamente a la filiación. Por ejemplo, en Alemania es posible que una persona permita a otra el uso de sus apellidos sin que ello tenga efectos sobre la filiación.

---

<sup>101</sup> Barber Cárcamo, R.: “La legalización administrativa de la gestación por sustitución...”

<sup>102</sup> Bercovitz Rodríguez-Cano, R.: “Hijos made in California”

<sup>103</sup> Orejudo de los Mozos, P.: “Reconocimiento en España de la filiación...”

<sup>104</sup> Bercovitz Rodríguez-Cano, R.: “Hijos made in California”

<sup>105</sup> Vázquez Muiña, T.: “La inscripción en el Registro Civil ...”

<sup>106</sup> Barber Cárcamo, R.: “La legalización administrativa de la gestación por sustitución...”

En definitiva, algunos autores se han expresado de manera muy dura contra la resolución. Por ejemplo, Farnós Amorós<sup>107</sup> considera que la DGRN ha abierto una vía irregular que fomenta la práctica de la gestación por sustitución, práctica expresamente prohibida en nuestro ordenamiento. Mucho más polémico se muestra Muñoz de Dios, quien asegura que<sup>108</sup>:

*“Es como si el Gobierno, con la Resolución y la Instrucción, quisiera permitir todo alquiler de vientres, mas, no se atreviéndose a hacerlo con luz y taquígrafos, mediante un cambio legislativo y para cualesquiera gestaciones de sustitución –también las realizadas en España-, solamente le salieran fuerzas para autorizar, por la puerta de atrás, mediante meros actos administrativos, las gestaciones subrogadas que tengan lugar en el extranjero al amparo de leyes foráneas. Acata el Ejecutivo la prohibición legal para España, mientras se la salta para el extranjero.”*

De hecho, la crítica por parte de la doctrina ha sido casi unánime, con la salvedad de la numantina defensa que Calvo Caravaca y Carrascosa González<sup>109</sup> hacen de la resolución.

#### 5.1.2 Sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Valencia de 15 de septiembre de 2010

El Ministerio Fiscal, esta vez sí, reaccionó ante la decisión de la DGRN e interpuso demanda que, tras ser turnada, fue atribuida al Juzgado de Primera Instancia número 15 de Valencia. El 15 de septiembre de 2010 se conoció el primer fallo en nuestro país sobre la filiación de unos menores nacidos por gestación por sustitución. El juez revoca la decisión de la DGRN e impide la inscripción.

La Sentencia ha recibido una crítica mucho más favorable por parte de la doctrina que la resolución de la DGRN. Se considera acertada la aplicación del art. 23 LRC frente al art. 81 RRC (y se apoya la crítica que hace el juez a la

---

<sup>107</sup> Farnós Amorós, E.: “Inscripción en España de la filiación derivada...”

<sup>108</sup> Muñoz de Dios Saez, L.F.: “¿Se ha legalizado o no...?” pág. 2

<sup>109</sup> Calvo Caravaca A.L. y Carrascosa González J.: “Gestación por sustitución y ...”

vulneración del principio de jerarquía normativa en el que incurre la Resolución) y también se aplaude la contrargumentación que realiza sobre la posible discriminación a las parejas homosexuales.

No obstante, sí se enuncia una crítica interesante. La Sentencia deja entrever una solución a este problema (que, curiosamente, el Tribunal Supremo, en una sentencia posterior, hará explícita): el varón que ha sido padre biológico puede reclamar su paternidad (art. 10.3 LTRHA) y, tras la renuncia a la maternidad de la gestante, el otro comitente podrá adoptar al menor. De Verda y Beamonte<sup>110</sup> critica el fallo y tilda esta solución de absurda, pues de facto está permitiendo la entrada en España de los contratos de maternidad subrogada. Eso sí, llevando a los comitentes por un camino más largo. Para eso, defiende De Verdad y Beamonte<sup>111</sup>, es mejor legalizar directamente estos contratos. Otros autores, hablan incluso de fraude de ley incitado por los órganos judiciales. Sin embargo, Barber Cárcamo<sup>112</sup> entiende que esta vía permite aportar una solución coherente con el ordenamiento jurídico y que, gracias a sus trámites y complicaciones, actúa como un efecto disuasorio para impedir la práctica. Sin embargo, Cerdà Subirach<sup>113</sup> entiende que, si se utiliza esta vía, no se está ante una filiación derivada de la gestación subrogada sino ante una adopción express.

### 5.1.3 Instrucción de la DGRN del 5 de octubre de 2010

El 5 de octubre de 2010 y, por tanto, al poco de conocerse el fallo del Juzgado de Primera Instancia número 15 de Valencia, la DGRN emitía una Instrucción en la que intentaba armonizar la regulación de las inscripciones de los menores nacidos a raíz de un contrato de gestación por sustitución. Curiosamente la Instrucción no haga mención alguna a la Sentencia mencionada.

---

<sup>110</sup> De Verda y Beamonte, J.R.: “Inscripción de hijos nacidos mediante...”

<sup>111</sup> *Ídem*.

<sup>112</sup> Barber Cárcamo, R.: “La legalización administrativa de la gestación por sustitución...”

<sup>113</sup> Cerdà Subirach, J.: “La insostenible legalización de facto de la maternidad subrogada en España. A propósito de la Instrucción de 5 de octubre de 2010 de la DGRN.” *Abogados de familia*, 2011, no 60, p. 1-9.

Sin lugar a dudas la aportación más importante (y polémica) de esta Instrucción es el nuevo requisito que se impone a los comitentes que quieran inscribir a sus hijos: deben aportar una sentencia judicial extranjera. Si la sentencia ha sido dictada dentro de un procedimiento similar a nuestro procedimiento de jurisdicción voluntaria, la sentencia podrá inscribirse directamente siempre que concurren unos requisitos. En cambio, si el fallo se ha emitido dentro de un proceso contencioso, los interesados deberán instar el exequatur. Barber Cárcamo<sup>114</sup> cree que éste requisito supone una aplicación por adelantado de la nueva regulación incluida en la Ley 20/2011.

De nuevo, la DGRN consiguió destapar una polvareda de críticas y, de nuevo, incluso quienes están a favor de la legalización de la gestación por sustitución en España, emiten enérgicos juicios contra la Instrucción.

Como ya he comentado, la DGRN simplemente regula cómo permitir la inscripción de estos menores, pero no se cuestiona por qué hay que permitirla. Es decir, directamente permite dicha inscripción, haciendo caso omiso al legislador.

Una primera duda que siembra la Instrucción es la señalada por Guzmán<sup>115</sup> y por Vela Sánchez. Ambos autores no tienen claro si, por esta vía, se permite la inscripción de los comitentes únicamente cuando, al menos, uno de ellos es también padre biológico o, si por el contrario, permite la inscripción siempre. Este problema se deriva del contraste de la exposición de motivos y de los requisitos que, posteriormente, la Instrucción desarrolla. En la exposición de motivos, la DGRN señala que esta Instrucción se basa en el requisito de sentencia judicial que el art. 10.3 establece para el reconocimiento de la filiación biológica en los contratos de gestación por sustitución. Este reconocimiento se circunscribe a los casos donde los comitentes son padres biológicos, por lo que, en principio, la Inscripción es sólo aplicable a estos supuestos. Pero, posteriormente, nada se dice de ello. Incluso en los requisitos arriba enunciados, no se

---

<sup>114</sup> Barber Cárcamo, R.: “La legalización administrativa de la gestación por sustitución...”

<sup>115</sup> Guzmán Zapater, M.: “Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010. El acceso al Registro español de los nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución”, en *El Notario del siglo XXI*, noviembre/diciembre de 2010, no 34

exige tal paternidad biológica. Guzmán Zapater<sup>116</sup> advierte que, si se sostiene la primera tesis, se podría instar la inscripción de la filiación paterna, pero nunca la materna (ya que madre sería siempre la gestante, y no la comitente). Vela Sánchez<sup>117</sup> se decanta por esta primera interpretación, ya que entiende que la justificación de la existencia de la maternidad subrogada nace del deseo de ser padres biológicos y que, si ninguno de los comitentes ha aportado su material genético, deberían acudir a la figura de la adopción.

La necesidad de aportar de una sentencia extranjera ha sido el punto más polémico y cuestionado. Esta exigencia ha llevado a catalogar de inconstitucional la Instrucción, al vulnerar el sistema de fuentes actual y al imponer una Instrucción unos requisitos que no recoge la ley (pues los arts. 81 y 85 del RRC no exigen sentencia alguna<sup>118</sup>. Requisito que, por otra parte, tampoco se contiene en los nuevos arts. 96 y 98 de la actual Ley del Registro Civil<sup>119</sup>). Y, de nuevo, la DGRN ignora la jerarquía normativa al no aplicar la Ley del Registro Civil, sino acudir directamente al Reglamento<sup>120</sup>. Tampoco puede admitirse que una resolución de un órgano administrativo ignore una sentencia del poder judicial.<sup>121</sup>

Lasarte Álvarez<sup>122</sup> entiende que, por tanto, la Instrucción es contraria a la legalidad vigente y lo enuncia en un tono muy duro (“con la prepotencia de quien se cree dueño del BOE”). Vela Sánchez<sup>123</sup> la tilda de inconstitucional y Jiménez Martínez va más allá, al hablar de fraude de ley. Jiménez Muñoz<sup>124</sup>,

---

<sup>116</sup> *Ídem*.

<sup>117</sup> Vela Sánchez, A. J.: “De nuevo sobre la regulación...”

<sup>118</sup> Calvo Caravaca, A. L., y Carrascosa González, J.: “Notas críticas en torno a...”

<sup>119</sup> Sáez-Santurtún Prieto, M.: “La maternidad subrogada: estado actual...”

<sup>120</sup> Salvador Gutiérrez, S.: “Reconocimiento registral...”

<sup>121</sup> Heredia Cervantes. I.: “La Dirección General de los Registros y el Notariado...”

<sup>122</sup> Lasarte Álvarez, C.: “La reproducción asistida y la prohibición legal de maternidad subrogada admitida de hecho por vía reglamentaria”, en *Diario La Ley*, no 7777, Sección Doctrina, 17 de enero de 2012, año XXXIII, págs. 1-15

<sup>123</sup> Vela Sánchez, A. J.: “De nuevo sobre la regulación...”

<sup>124</sup> Jiménez Muñoz, F.J.: “La reproducción asistida y ...”



por su parte, cree que con esta Instrucción una autoridad administrativa se está arrogando el papel de legislador.

Vela Sánchez añade otro argumento más en contra de la Instrucción: en aquellas sentencias judiciales donde no haya referencia a la gestante ni al contrato de maternidad subrogada, se estará vulnerando el derecho del menor a conocer su origen biológico, derecho constitucional que descansa en el art. 39.2. Estas sentencias también vulnerarían los derechos de la madre gestante.

Calvo Caravaca y Carrascosa González<sup>125</sup>, quienes hacen un concienzudo y brillante análisis de esta Instrucción, consideran que se produce una judicialización artificial e innecesaria al introducir el requisito del fallo judicial y que su única finalidad debe ser la de eximir al Encargado del Registro de su responsabilidad.

La Instrucción, por tanto, genera dos vías para acceder al Registro: si la sentencia aportada proviene de un procedimiento similar a nuestra jurisdicción voluntaria, el Encargado hará un examen formal y podrá inscribir la resolución. Sin embargo, si la misma proviene de un juicio contencioso, se deberá acudir al exequatur. Vázquez Muiña<sup>126</sup> entienden que, al acudir a esta segunda opción, el juez de primera instancia español denegará la inscripción. Sin embargo, los Autos encontrados muestran realidades divergentes. Por un lado, el del Juzgado de Primera Instancia número 1 de Pozuelo de Alarcón, de fecha 25 de junio de 2012, permitió la inscripción. Previamente, el Juzgado de Primera Instancia número 46 de Madrid, en fecha 29 de diciembre de 2011, denegó la inscripción de unos menores; denegación que se mantiene en la Apelación, que falla la Audiencia Provincial en fecha 3 de diciembre de 2012.

Las críticas a este criterio de la DGRN han sido variadas. Por un lado, Vázquez Muiña y Salvador Gutiérrez señalan que la distinción de procedimientos no tiene sentido. Dicha discriminación tiene su origen en las exigencias que realiza el Tribunal Supremo para la inscripción en los procesos de adopción. Pero es que el proceso de adopción, en la ley española, se ventila en un pro-

---

<sup>125</sup> Calvo Caravaca, A. L., y Carrascosa González, J.: “Notas críticas en torno a la Instrucción...”

<sup>126</sup> Vázquez Muiña, T.: “La inscripción en el Registro Civil ...”

cedimiento de jurisdicción voluntaria. Sin embargo, el reconocimiento de la filiación se sustancia por el procedimiento del juicio verbal. Por lo tanto, no tiene sentido que la DGRN haga esa distinción. Máxime si tenemos en cuenta que el Tribunal Supremo, en los casos de divorcio, aunque en el país de origen se hayan ventilado por un procedimiento similar a nuestra jurisdicción voluntaria, exige el exequatur para su inscripción en España, ya que en nuestro país es un procedimiento contencioso.

Incluso obviando este fallo, Vázquez Muiña<sup>127</sup> y Barber Cárcamo<sup>128</sup> añade otro hándicap más: el Tribunal Supremo y la ley española exigen, para que pueda darse un control incidental sin exequatur, la conformidad del hecho o acto jurídico inscribible con la ley española. Requisitos que no se cumplen en los contratos de gestación por sustitución.

Además, Guzmán Zapater<sup>129</sup> puntualiza que no siempre va a ser fácil determinar si el procedimiento extranjero es similar a un procedimiento de jurisdicción voluntaria.

Por todo ello, Salvador Gutiérrez<sup>130</sup> admite que, cuando los comitentes presenten una sentencia derivada de un procedimiento análogo a nuestra jurisdicción voluntaria, van a conseguir siempre la inscripción. Aquí, Heredia Cervantes advierte que la posibilidad que establece el legislador de permitir el reconocimiento de las resoluciones extranjeras simplemente significa que tal reconocimiento es posible, no que siempre y en todos los casos se debe permitir el acceso a nuestro Registro de estas resoluciones.

Calvo Caravaca y Carrascosa González<sup>131</sup> consideran, sin embargo, que la exigencia de sentencia no es necesaria. Dicha exigencia nace, según la Instrucción, del requisito establecido en el art. 10.3 LTRHA. Pero, como ya se ha

---

<sup>127</sup> *Ídem*.

<sup>128</sup> Barber Cárcamo, R.: “La legalización administrativa de la gestación por sustitución en España...”

<sup>129</sup> Guzmán Zapater, M.: “Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010...”

<sup>130</sup> Salvador Gutiérrez, S.: “Reconocimiento registral...”

<sup>131</sup> Calvo Caravaca, A. L., y Carrascosa González, J.: “Notas críticas en torno a la Instrucción...”

expuesto y como defiende la propia DGRN, la LTRHA no es aplicable, pues no estamos ante supuestos de ley aplicable sino de reconocimiento de resoluciones extranjeras. Por tanto, no sólo no se aplica el art. 10 LTRHA (que, por otra parte, si se aplicara impediría la inscripción) sino que no es de aplicación ningún precepto de la LTRHA.

Incluso aceptando el razonamiento de la DGRN y exigiendo la presentación de un fallo judicial, estos dos autores entienden que el requisito del exequatur no es necesario, incluso cuando se esté ante un procedimiento contencioso. Esto es así porque el art. 85.5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y el art. 955 de la LEC distinguen entre las solicitudes de reconocimiento de sentencias y de ejecución. Es decir, distinguen entre las acciones declarativas, que buscan la constitución de un derecho en España, y la ejecución de sentencias. Para las primeras (como sería el caso de una inscripción de filiación en el Registro) no es necesario el exequatur.

Calvo Caravaca y Carrascosa González<sup>132</sup> señalan, además, que la Instrucción sólo habla del reconocimiento de una filiación ya establecida por una autoridad extranjera, pero guarda silencio sobre la otra posibilidad de determinación de la filiación: a saber, aquellos casos donde se insta directamente la declaración ante un órgano español. La Instrucción no introduce criterios para estos supuestos (aunque es justo admitir, por otro lado, que todavía no han tenido que lidiar con ninguna situación así).

Uno de los requisitos formales de la Instrucción también ha despertado ampollas entre la doctrina. Calvo Caravaca y Carrascosa González<sup>133</sup> defienden que la exigencia, al juez extranjero, de una competencia para pronunciarse sobre el asunto que sea similar a la contenida en la legislación española es un criterio erróneo, desfasado y que ataca la soberanía de los Estados. Álvarez González<sup>134</sup> va más allá y habla de fraude de ley, porque hay que tener en cuenta que el juez extranjero adquiere competencia simplemente por la volun-

---

<sup>132</sup> *Ídem*.

<sup>133</sup> *Ibidem*.

<sup>134</sup> Álvarez González, S.: “Efectos en España de la gestación ...”

tad de las partes de moverse a otro país para celebrar un contrato que en España es nulo.

Y, en líneas generales, Jiménez Muñoz<sup>135</sup> se pregunta que cómo la DGRN puede introducir requisitos sobre unos contratos nulos: *“¿acaso existen, entonces, contratos de gestación por sustitución nulos y menos nulos (aquellos que cumplen los requisitos de la Instrucción)?”*.

En definitiva, Vázquez Muiña y Albert Márquez entienden que estos criterios de la DGRN se enuncian para permitir la inscripción de los menores nacidos en Estados Unidos (y, concretamente, en California), ya que la Instrucción parece hecha a medida para este país: la ley californiana exige una sentencia judicial que se obtiene en un procedimiento similar al de jurisdicción voluntaria. De hecho, la autora estudia 13 resoluciones de la DGRN donde se hallan casos de menores nacidos en Estados Unidos y en La India y, sistemáticamente, las resoluciones permiten la inscripción de los primeros pero rechazan la de los segundos, pues en La India la ley no prevé el reconocimiento de la filiación en un procedimiento judicial. De modo similar se pronuncia Barber Cárcamo<sup>136</sup>, quien tilda de “actitud tramposa” la decisión de la DGRN. En la misma línea se pronuncian Calvo Caravaca y Carrascosa González<sup>137</sup>, preguntándose qué ocurre en aquellos países donde su ley no prevé la determinación de la filiación por sentencia judicial.

De nuevo, el Orden Público Internacional es objeto de polémica. En este nuevo texto, ni tan siquiera se menciona<sup>138</sup>. De Verda y Beamonte<sup>139</sup> no entiende esta ausencia, pues considera que el art. 10 LTRHA es una norma de Orden Público Internacional español, y debería hacerse referencia. Este autor cuestiona, además, que pueda aplicarse un OPI atenuado porque lo que se in-

---

<sup>135</sup> Jiménez Muñoz, F.J.: “La reproducción asistida y...”

<sup>136</sup> Barber Cárcamo, R.: “La legalización administrativa de la gestación por sustitución en España...”

<sup>137</sup> Calvo Caravaca, A. L., y Carrascosa González, J.: “Notas críticas en torno a la Instrucción...”

<sup>138</sup> Nicolàs Torán, A.: “La gestación por sustitución en España...” y también Guzmán, M.: “Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010...”

<sup>139</sup> De Verda y Beamonte, J.R.: “Inscripción de hijos nacidos mediante...”

tenta hacer valer en este caso no son consecuencias auxiliares del contrato, sino la propia esencia del mismo. De hecho, como señalan Vázquez Muiña y Álvarez González, sí se están permitiendo, por aplicación del OPI atenuado, algunas consecuencias auxiliares de estos contratos: por ejemplo, se están reconociendo los derechos a los permisos de maternidad y paternidad a los comitentes (SSTSJ del Principado de Asturias de 20 de septiembre de 2012 o de Madrid de 18 de octubre de 2012). Guzmán Zapater<sup>140</sup> advierte, no obstante, que el Tribunal Supremo sí ha admitido el reconocimiento de prácticas que vulneran nuestro OPI, como el repudio.

En la misma línea se pronuncia Guzmán Zapater<sup>141</sup>, quien entiende que la prohibición contenida en el art. 10 LTRHA no sólo se aplica a las prácticas operadas en España sino que se internacionaliza y también sancionaría con la nulidad a aquellos contratos celebrados en el extranjero que pretenden tener efectos entre nuestras fronteras.

Calvo Caravaca y Carrascosa González<sup>142</sup> advierten de un gran peligro: como la Instrucción no menciona el OPI puede darse la paradoja de situaciones donde claramente se vulnere nuestro Orden Público Internacional (por ejemplo, menores con tres padres) pero donde se cumplan los requisitos establecidos por la Instrucción, y que deberán ser inscritas.

Nicolàs Torán<sup>143</sup> denuncia que esta Inscripción elimina de nuestro ordenamiento jurídico el principio romano de “*mater semper certa est*”, ya que permite la filiación biológica a favor de una mujer que no ha sido la gestante. De hecho, si la madre biológica impugnara la filiación y pretendiera reclamar la suya, los menores podrían tener tres progenitores.

---

<sup>140</sup> Guzmán Zapater, M.: “Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010...”

<sup>141</sup> *Ídem*.

<sup>142</sup> Calvo Caravaca, A. L., y Carrascosa González, J.: “Notas críticas en torno a la Instrucción....”

<sup>143</sup> Nicolàs Torán A.: “La gestación por sustitución...”

De Verda y Beamonte<sup>144</sup> considera que la Instrucción permite el turismo reproductivo y que los españoles acudan al extranjero para realizar una práctica que el legislador patrio prohíbe.

No obstante, algunos autores sí han querido ver cierta mejoría de la DGRN en esta Instrucción en relación a la Resolución de 2009. Vela Sánchez<sup>145</sup> valora positivamente el hecho de que ahora la DGRN regule también los requisitos que deberá tener el contrato y también cree que esta Instrucción sienta las bases para una futura legalización en España. El autor incluso considera que el derecho a la reproducción es un derecho constitucional que deriva de los arts. 1.1 y 17.1 de la CE, ambos relativos a la libertad. Aún así, este autor cree que la Instrucción es inconstitucional no sólo por los puntos ya expuestos, sino porque contraviene el art. 14 de la CE, al crear una situación discriminatoria: la gestación por sustitución es legal para las familias que puedan permitirse acudir al extranjero pero está prohibida para quienes no puedan salir de España y la practiquen entre nuestras fronteras.

Sin embargo, Aparisi Miralles y López Guzmán<sup>146</sup> no creen que exista ningún derecho constitucional que ampare esta práctica y consideran que no todos los deseos de los adultos son derechos.

Muñoz de Dios<sup>147</sup> también entiende que se ha avanzado al exigir una sentencia, que dota de mayor seguridad jurídica a la inscripción.

La doctrina admite que esta Instrucción presenta una línea continuista respecto a los criterios fijados en la Resolución de 2009, aunque De Torres Perea<sup>148</sup> señala que los matices introducidos pueden responder a un cambio en la figura del Director del órgano, cargo que pasó a recaer en Ángeles Navarro.

Como ya se ha indicado, desde entonces, la DGRN ha seguido el criterio establecido en esta Instrucción. A modo de ejemplo, puede citarse la Resolución

---

<sup>144</sup> De Verda y Beamonte, J.R.: "Inscripción de hijos nacidos mediante..."

<sup>145</sup> Vela Sánchez, A. J.: "De nuevo sobre la regulación del convenio de gestación..."

<sup>146</sup> Aparisi, Á. y López Guzmán, J.: "Aproximación a la problemática..."

<sup>147</sup> Muñoz de Dios Saez, L.F.: "¿Se ha legalizado o no...?"

<sup>148</sup> De Torres Perea, J. M.: "Comentario de la STS de 6 de febrero de 2014..."

de 12 de diciembre de 2012, donde se permite la inscripción de la filiación a favor de una pareja heterosexual, que había sido previamente denegada. Esta resolución es interesante, como señala Sáez-Santurtún Prieto<sup>149</sup>, por dos motivos. En primer lugar, no se puede sostener el argumento enunciado por la DGRN en su Resolución de 2009 donde defendían la discriminación que suponía la denegación de la inscripción a las parejas de varones homosexuales porque, en este caso, se ha denegado el acceso a una pareja heterosexual (aunque posteriormente, en vía de recurso ante la DGRN, se permitiese su inscripción). Además, en este caso, se está atribuyendo la filiación a una mujer que no ha sido la gestante, pudiendo incurrir en uno de los delitos ya explicados de simulación de parto y modificación de la filiación (art. 220.1 y 220.2 CP).

#### 5.1.4 Sentencia de la Audiencia provincial de Valencia de 23 de noviembre de 2011

Los comitentes, claramente disconformes con el fallo, interpusieron recurso de apelación que motivó la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de fecha 23 de noviembre de 2011, donde se desestima íntegramente el recurso y mantiene la sentencia de instancia.

Pocos comentarios nuevos pueden hacerse a los argumentos dados por la Audiencia Provincial ya que repite, en parte, los aportados por el juzgador de primera instancia y también recoge algunas de las críticas de la doctrina a la posición de la DGRN.

La aportación más novedosa de esta sentencia es la redacción de una definición de gestación por sustitución. Como se ha comentado en el inicio de este trabajo, el legislador no ha definido esta figura y esta aportación de la Audiencia Provincial de Valencia es la primera hecha por un juzgador.

---

<sup>149</sup> Sáez-Santurtún Prieto M.: “La maternidad subrogada, estado actual...”

Vela Sánchez<sup>150</sup>, por otro lado, encuentra curioso que la sentencia no valore la Instrucción de la DGRN, pese a mencionarla. Vázquez Muiña<sup>151</sup> replica al profesor entendiendo que éste no es el objeto del recurso.

En general, la sentencia ha recibido críticas positivas por parte de la doctrina. Sin embargo, también hay algunas voces discrepantes. Por ejemplo, Álvarez González<sup>152</sup> defiende que la posición de la Audiencia sobre la vulneración del OPI es una visión absolutista, y que no siempre se va a vulnerar porque no en todos los contratos de gestación subrogada se vulnera la dignidad de la mujer ni se comercializa con menores. Compara esta institución a la adopción, y se pregunta si, porque la ley prohíbe aquellas adopciones donde pueda traficarse con menores, puede afirmarse que toda adopción vulnera los derechos de los adoptados.

Este mismo autor admite la concepción del art. 10 LTRHA como norma de policía en sede interna, pero cuestiona que también pueda aplicarse como norma de policía en sede de reconocimiento.

Finalmente, la profesora Jiménez Martínez<sup>153</sup> aplaude el fallo de la Audiencia pero lamenta que sólo solucione un caso concreto e insta al Ministerio Fiscal para que tome cartas en el asunto.

#### 5.1.5 Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014

Tras conocer el fallo de la Audiencia Provincial, la pareja valenciana decidió acudir al Tribunal Supremo a través del recurso de casación. El primer fallo de nuestro Alto Tribunal sobre la gestación por sustitución se produjo el 6 de febrero de 2014, manteniendo las sentencias anteriores.

La sentencia fue aprobada por un estrecho margen de 5 votos frente a 4. Fruto de este disenso es el voto particular enunciado por el Magistrado D. José

---

<sup>150</sup> Vela Sánchez, A. J.: "Los hijos nacidos de convenio de gestación..."

<sup>151</sup> Vázquez Muiña, T.: "La inscripción en el Registro Civil ..."

<sup>152</sup> Álvarez González, S.: "Efectos en España de la gestación ..."

<sup>153</sup> Jiménez Martínez, M.V.: "La inscripción de la filiación derivada..."



Antonio Seijas Quintana, y al que se adhieren los Magistrados D. José Ramón Ferrándiz Gabriel, D. Francisco Javier Arroyo Fiestas y D. Sebastián Sastre Papiol, que acompaña al texto.

Pese a la relevancia del fallo, pocas aportaciones nuevas pueden hacerse a una Sentencia que no aporta argumentos nuevos a los ya expuestos en las instancias anteriores.

La Sentencia, aún defendiendo que la decisión no reviste discriminación alguna hacia las parejas homosexuales de varones, sí admite que, en la práctica, las parejas heterosexuales o las parejas homosexuales de mujeres tienen más fácil inscribir a los menores nacidos por gestación por sustitución a su favor, pues es más difícil descubrir si son padres biológicos o no. Argumento que también defiende Gutiérrez Calvo<sup>154</sup>. De hecho, en 2003, una famosa aristócrata española fue madre mediante un contrato de gestación subrogada. Este hecho fue difundido por la prensa rosa del momento, por lo que el Encargado del Registro estaba al tanto del origen de los menores, y, aún así, se instó su inscripción.

De Torres Perea<sup>155</sup> destaca la importancia que tiene el uso del art. 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño (en vez del art. 2 de la Ley Orgánica 1/1996), tanto por parte de los recurrentes como por el TS.

Sáez-Santurtún Prieto<sup>156</sup> entiende que, ante la balanza entre dos conceptos jurídicos que propone el Supremo, esto es, entre el Interés Superior del Menor y la legalidad, el fallo debería haberse decantado hacia el primero.

Vela Sánchez<sup>157</sup> discute que la gestación por sustitución cosifique al menor, y entiende que sólo se comercializa la capacidad generativa de la mujer gestante. No obstante, admite que el IMS no es argumento suficiente para desvir-

---

<sup>154</sup> Gutiérrez Calvo en Nicolàs Torán A.: "La gestación por sustitución..."

<sup>155</sup> De Torres Perea J.M.: "Comentario de la STS de 6 de febrero de 2014..."

<sup>156</sup> Sáez-Santurtún Prieto M.: "La maternidad subrogada, estado actual..."

<sup>157</sup> Vela Sánchez, A. J.: "Los hijos nacidos de convenio de gestación por sustitución «pueden» ser inscritos en el registro civil español. A propósito de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 26 de junio de 2014". *Diario La Ley*, 2014, núm. 8415, págs. 1 a 13.

tuar la prohibición del art. 10.1 LTRHA y que éste sólo serviría para que, en caso de adopción, los comitentes tuviesen preferencia.

De Torres Perea<sup>158</sup> polemiza comparando esta práctica con la adopción, y defendiendo que en ésta también puede consificarse a la mujer, atentar contra su dignidad y contra la del menor y fomentar el tráfico ilegal de menores y que, sin embargo, la institución es legal. Cree, además, que la solución propuesta por el Supremo desprotege a los menores, pues el padre biológico puede no reclamar la paternidad o el otro comitente no iniciar la adopción, y en ese caso los menores quedarían sin filiación.

Hernández Rodríguez<sup>159</sup>, por su parte, alaba que el Tribunal Supremo despeje la duda sobre qué implica el control de legalidad del art. 23 LRC.

Personalmente, añado que no es cierto, como afirman los Magistrados que formulan el voto particular, que en el escenario internacional se esté apostando por la regulación. O al menos no ocurre así en todos los países. Algunos Estados tradicionalmente muy permisivos con esta práctica, como La India<sup>160</sup>, han modificado sus leyes para restringirla.

## **5.2 Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 26 de junio de 2014**

El 26 de junio de 2014, apenas unos meses después del fallo del Tribunal Supremo, se conocen dos sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la filiación de menores nacidos como consecuencia de unos contratos de gestación por sustitución: son los casos *Mennesson c. France* y *Caso Labassee c. France*.

Aunque sean casos franceses, la relevancia que pueden alcanzar en España es indudable: no sólo estamos ante dos sentencias de un órgano del Con-

---

<sup>158</sup> De Torres Perea J.M.: “Comentario de la STS de 6 de febrero de 2014...”

<sup>159</sup> Hernández Rodríguez, A.: “Determinación de la filiación de los nacidos...”

<sup>160</sup> Lourido, M.: “Claves para entender la gestación subrogada” [online], *Cadena Ser*, 17 de julio de 2017, disponible en: [http://cadenaser.com/ser/2017/07/17/sociedad/1500318464\\_568535.html](http://cadenaser.com/ser/2017/07/17/sociedad/1500318464_568535.html)

venio Europeo de Derechos Humanos, convenio del que España es parte sino que, además, existen grandes similitudes entre las legislaciones española y francesa en materia de gestación por sustitución.

Tras agotar la vía interna, los comitentes plantean ante el TEDH si se ha vulnerado tanto su derecho a la vida privada y familiar como el mismo derecho de los menores, recogido en el artículo 8 de la CEDH. En ambos casos, los demandantes habían sido padres mediante un contrato de gestación por sustitución en el extranjero y, al volver a Francia, se les había denegado la inscripción de la filiación.

El TEDH falla considerando que, si bien no existe vulneración alguna de los derechos de los padres (pues la jurisprudencia del TEDH permite un amplio margen de apreciación siempre que se cumplan dos requisitos: que dicha injerencia esté recogida en la ley y que se persigan fines legítimos. Margen de apreciación que, por otra parte, es mayor cuando no existe consenso entre los países y/o cuando se está ante problemas que incluyen dilemas éticos) sí se ha vulnerado el derecho a la vida privada y familiar de los menores y su derecho a una identidad, así como el interés superior del menor; todos ellos recogidos dentro del ya mencionado artículo 8.

El Tribunal no permite la injerencia de los poderes públicos en el derecho a la vida privada y familiar de los menores pues el gran margen de apreciación con el que cuentan los Estados sobre esa intromisión se restringe al colisionar con el Interés Superior del Menor. Además, la filiación es un elemento esencial de la identidad de los menores, argumento que también justifica restringir el amplio margen de apreciación con el que, a priori, contaban los Estados.

En este punto, hay que citar a Álvarez González<sup>161</sup>, quien defiende que no todo rechazo al reconocimiento de una filiación supone, *per se*, una vulneración del artículo 8. De hecho, el ya mencionado principio de proporcionalidad que el TEDH atribuye a los Estados, permite a los mismos interpretar este principio.

El TEDH considera que, si el Estado francés no reconoce esa filiación, el lazo que une a los menores con los comitentes (y posibles padres) se rompe,

---

<sup>161</sup> Álvarez González, S.: “Efectos en España de la gestación ...”

causándoles graves perjuicios. Esa denegación de la inscripción va a acarrear problemas diarios en la vida de estas familias al no poder acceder a las bajas parentales, a las ayudas de comedor, de transporte...

Como consecuencia de la falta de filiación, además, tampoco se les va a otorgar a los menores la misma nacionalidad de sus padres. Al no establecerse la filiación, tampoco tendrán derechos hereditarios.

Lamm<sup>162</sup> entiende que el TEDH ni tan siquiera exige que uno de los comitentes sea el padre biológico de los menores, como sí hace el TS. Es decir, que incluso cuando ninguno de los dos comitentes haya aportado su material genético, la inscripción debe efectuarse.

Estas Sentencias ya han tenido sus efectos en España. La Dirección General de los Registros y del Notariado emitió una Circular, en fecha 11 de julio de 2014, donde defendía que, a raíz de los fallos del TEDH, la Instrucción de 5 de octubre de 2010 se mantenía en plena vigencia. Además, como atesora Lamm, el 29 de junio de 2014 se inscribió un menor concebido por gestación por sustitución sin que hubiese problema alguno.

Por su parte, las Secciones de Familia de la Audiencia Provincial de Madrid, en sus Informes y Conclusiones de 2015, no se pusieron de acuerdo sobre si permitir o no la inscripción en el Registro Civil español de estos certificados extranjeros. Tras una votación, donde 5 magistrados se posicionaron en contra y 4 a favor, se decidió no emitir pronunciamiento alguno.

No obstante, es justo admitir que quizá las sentencias del TEDH no invaliden el pronunciamiento del TS ni sean de aplicación en España. En los casos del TEDH, Francia impidió cualquier tipo de inscripción mientras que, en España, tanto el Encargado al denegar la inscripción como las diferentes sentencias habidas, ofrecen una solución: la filiación a favor de la gestante y del padre biológico. Lamm resume la esencia del fallo del TEDH<sup>163</sup>:

*“En definitiva, según el TEDH si bien un Estado parte del Convenio podría*

---

<sup>162</sup> Lamm, E.: “Gestación por sustitución. La importancia de las sentencias del Tribunal Europeo de derechos humanos y su impacto”. 2015. *Ars Iuris Salmanticensis*, vol. 2, diciembre 2014, 43-50

<sup>163</sup> Lamm, E.: “Gestación por sustitución. La importancia de las sentencias ...”

*prohibir la gestación por sustitución, esa opción del legislador nacional no puede provocar el desconocimiento de su filiación y así proyectarse sobre la identidad de los niños, a los que de otro modo se les sitúa en una situación de incertidumbre jurídica sobre su identidad.”*

Esta solución permite que los menores tengan una filiación y, por tanto, invalida los argumentos del TEDH sobre el daño ocasionado al menor (pues los mismos se basan en la negación de cualquier filiación) por lo que, a mi parecer, las SSTEDH no afectan a las decisiones de nuestros órganos judiciales.

### **5.3. Auto del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 2015**

Tras conocer los fallos del TEDH, la ya famosa pareja valenciana de dos varones interpuso un incidente de nulidad de actuaciones contra la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014. El Supremo mantiene su posición y, de nuevo, el fallo cuenta con un voto particular defendido por 4 de los 9 Magistrados.

El Alto Tribunal entiende que las SSTEDH no son aplicables al caso español, pues tanto la legislación como los fallos judiciales sí ofrecen tanto a los comitentes como a la madre biológica una filiación alternativa a la pretendida, por lo que los menores no se encuentran en desamparo<sup>164</sup>.

### **5.4. Consecuencias en España de la inscripción de los menores en el Registro Civil: los permisos de maternidad y paternidad**

Los problemas relacionados con la gestación por sustitución no terminan, ni de lejos, con la inscripción de la filiación a favor de los comitentes en el Registro Civil. Como ya se ha expuesto, parece ser que los criterios expuestos por la DGRN están siendo aplicados por los Encargados de los Registros, por lo que cabe preguntarse qué otras problemáticas pueden surgir una vez que se ha determinado que estos menores son hijos de los comitentes.

---

<sup>164</sup> Vaquero López, C.: “La denegación de acceso al Registro Civil español de la filiación derivada de un contrato de gestación por sustitución a la luz de la jurisprudencia del TEDH: comentario del ATS de 2 de febrero de 2015”. *Aranzadi Civil*, 2015, no 982.

Este trabajo va a centrarse en uno de esos dilemas: la posibilidad de acceder, por parte de los comitentes, a los permisos de maternidad o paternidad.

El primer escollo que tienen que salvar los nuevos padres es que la gestación por sustitución, al no estar permitida en nuestro ordenamiento jurídico, no se encuentra en la lista de situaciones que dan acceso a estos permisos (art. 177 LGSS y art. 3 RD 295/2009). Así, los Tribunales han abierto dos vías para acceder al permiso: o bien por analogía entre la gestación por sustitución y la adopción o bien por entender que puede incluirse en los supuestos enumerados en el art. 2.2 RD 295/2009 (*“Se considerarán jurídicamente equiparables a la adopción y al acogimiento preadoptivo, permanente o simple, aquellas instituciones jurídicas declaradas por resoluciones judiciales o administrativas extranjeras, cuya finalidad y efectos jurídicos sean los previstos para la adopción y el acogimiento preadoptivo, permanente o simple, cuya duración no sea inferior a un año, cualquiera que sea su denominación.”*). Como señala Barber Cárcamo<sup>165</sup>, esta realidad, donde los jueces y tribunales tienen que “encajar” la gestación subrogada en otros tipos legales, significa que la DGRN creó una nueva categoría de filiación que no se encuentra en la ley española.

Si la comitente es una mujer, en principio puede acceder al permiso de maternidad. No obstante, como estableció el TJUE en la Sentencia de 18 de marzo de 2014 (caso c-363/12) no puede ser beneficiaria de un permiso de maternidad biológica, pues lo que determina la existencia de este permiso y la especial protección de la que goza la madre, es el hecho de dar a luz. Es decir, el permiso de maternidad (biológica) no se atribuye por el hecho de ser mujer, pues sería discriminatorio y seguiría relacionando a la mujer con la posición de cuidadora, sino por la especial situación de salud en la que se encuentra la madre tras el parto.

Si el comitente es un hombre, cabe preguntarse si puede acceder también al permiso de maternidad como sucede en los supuestos de un solo adoptante (art. 3.1 del RD 295/2009), de fallecimiento de la madre (art. 3.3 del RD

---

<sup>165</sup> Barber Cárcamo, R.: “La legalización administrativa de la gestación por sustitución en España...”

295/2009) o cuando la madre no ha generado el derecho pero sí lo ha hecho el padre (art. 3.4 del RD 295/2009).

La jurisprudencia, como ya se ha comentado, ha permitido a los comitentes acceder a estos permisos y, normalmente, se ha hecho por analogía a la adopción (SSTSJ de Valladolid de 5 de marzo de 2010, de Madrid de 18 de octubre de 2012 o de Cataluña de 23 de noviembre de 2011).

Los fallos entienden que el concepto de maternidad, sin apellidos, materializa el deseo del legislador de proteger tanto la maternidad biológica como otras figuras similares (donde entraría la gestación subrogada), ya que la finalidad de estos permisos, entre otros objetivos, es la de poder proporcionar, por parte de los padres, unos mejores cuidados a los menores.

El Tribunal Supremo ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre esta cuestión en algunas sentencias. La primera, de fecha 16 de octubre de 2016, abrió el camino reconociendo el permiso de maternidad a los comitentes, una pareja de varones. En esta sentencia, el Tribunal Supremo equipara, para poder otorgar el derecho, el contrato de gestación subrogada a la adopción. Aunque en dos sentencias posteriores (SSTS de 25 de octubre de 2016 y 16 de noviembre de 2016) el Alto Tribunal encuadra la gestación por sustitución en los supuestos del ya mencionado art. 2 RD 295/2009.

Respecto a estos fallos, Cervilla Garzón<sup>166</sup> lamenta que el Tribunal Supremo no haya hecho un análisis más profundo que vaya más allá del caso concreto y donde se establezcan los criterios para que tanto el INSS como los juzgados de lo social puedan mantener una línea homogénea.

---

<sup>166</sup> Cervilla Garzón, M.J.: “Gestación subrogada y derecho a prestación por maternidad. A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de octubre de 2016”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 4, 2017

## **6. CONCLUSIONES**

La situación actual de la gestación subrogada en España es anómala: por un lado, la ley prohíbe claramente su práctica. Además, las tres sentencias judiciales habidas hasta la fecha han confirmado esta nulidad. Pero, sin embargo, la DGRN, auto arrogándose el papel de legislador, está permitiendo la inscripción en España de la filiación de los menores nacidos mediante esta técnica. Esta posición de la DGRN crea una situación curiosa: “legaliza” la práctica en España siempre que se realice en el extranjero pero sanciona a quien intente llevarla a cabo dentro de nuestras fronteras.

La posición de la DGRN, también presenta problemas para los comitentes. En estos momentos, la DGRN ha creado una situación de inseguridad jurídica: aunque su posición permite la inscripción, también abre la puerta a que el Ministerio Fiscal tome cartas en el asunto; generando, probablemente, un perjuicio mayor, tanto a los comitentes como a los menores.

Cabe recordar que nuestro ordenamiento jurídico, con el Código Civil a la cabeza, es muy claro: es madre quien da a luz, independientemente de haber aportado o no su material genético.

Estamos en un impasse que sólo puede calificarse de kafkiano e insostenible. Urge que el legislador (visto que la DGRN hace caso omiso al Poder Judicial) tome cartas en el asunto, bien prohibiendo la práctica de la DGRN o bien legalizando la gestación subrogada.

Personalmente, considero que la primera opción es la que mejor encaja con nuestro ordenamiento jurídico, habida cuenta de que la legalización de la práctica chocaría ya no sólo con algunos preceptos del Código Civil, sino también con derechos fundamentales recogidos en la Constitución tales como el derecho a la dignidad o a la integridad moral.

En una sociedad cada vez más concienciada con la igualdad de género, no puede permitirse dar un paso atrás tan grande. Las únicas mujeres que van a “ofrecerse” como madres de alquiler van a ser las que tienen pocos recursos. Muchas de estas mujeres, a su vez, se encuentran en una situación de pobreza por las dificultades que tienen para acceder a un trabajo o encontrar uno bien remunerado por ser, precisamente, mujeres. La legalización de la gesta-



ción subrogada supondría colocar una piedra más en el camino hacia la igualdad y hundir más a las mujeres pobres en esta trampa que es la igualdad formal.

Quienes defienden la legalización de esta práctica argumentan que, con su prohibición, se les impide formar una familia<sup>167</sup>. Nada de eso es cierto, pues siempre pueden acudir a la adopción ya que, como se ha expuesto, ningún derecho constitucional ampara el deseo de ser padre biológico. Además, en algunos casos, los comitentes ni tan siquiera aportan su material genético a los bebés nacidos por gestación subrogada por lo que, de facto, estamos ante una adopción “rápida”.

Los defensores de esta práctica también distinguen entre una legalización total de la gestación por subrogación (similar a la que existe en California) o una regulación mas restringida (como la aprobada recientemente en Portugal) y argumentan que, con la segunda vía, se protege tanto los derechos de los comitentes y del menor, como de las gestantes. Además, según los defensores de esta postura, desaparecería la demanda de madres subrogadas a terceros países; evitando, por tanto, la cosificación de las mujeres en países menos desarrollados por parte de comitentes del primer mundo.

No obstante, debe hacerse una importante puntualización: si el acceso a la maternidad subrogada es muy restringido y exige muchos requisitos, los comitentes seguirán acudiendo a terceros países con regulaciones más laxas (como ocurre en Reino Unido). Por lo tanto, la legalización de una gestación subrogada restringida no elimina la contratación de estos servicios en el extranjero. Muy al contrario, probablemente los incentive, ya que la práctica gozará de mayor popularidad y aceptación en el país que la ha legalizado.

Lo que sí es injusto y genera desigualdades es dar cobertura legal a la existencia de dos vías: por un lado, una vía lenta, llena de garantías, como es la adopción, para familias humildes. Por otro, la gestación subrogada, donde los comitentes pueden evitar los engorrosos trámites de la adopción siempre que cuenten con fondos suficientes en su cuenta bancaria.

---

<sup>167</sup> Hernández Rodríguez, A.: “Determinación de la filiación de los nacidos...”

Además, como se ha expuesto, la posición adoptada por la DGRN adolece de grandes fallos jurídicos que, incluso, rozan la inconstitucionalidad. Es inexplicable cómo, el Ministerio de Justicia, hace caso omiso a las bien fundamentadas y muy correctas críticas de la doctrina y mantiene en vigor la tan polémica Instrucción.

## **BIBLIOGRAFÍA**

Albert Marquez, M.: "Los contratos de gestación de sustitución celebrados en el extranjero y la nueva Ley de Registro Civil", *Diario La Ley*, núm., 7863, 22 de mayo de 2012 (versión online)

Álvarez González, S.: "Efectos en España de la gestación por sustitución llevada a cabo en el extranjero", *Anuario Español de Derecho internacional privado*, 2010, pp. 339-377

Aparisi, Á. y López Guzmán, J.: "Aproximación a la problemática ética y jurídica de la maternidad subrogada". *Cuadernos de Bioética*, 2012, vol. 23, núm. 78, págs. 253 a 267

Atienza, M.: "De nuevo sobre las madres de alquiler". *El Notario*, 2009.

Barber Cárcamo, R. (2013). La filiación en España: Una visión crítica. Thomson Reuters-Aranzadi.

Barber Cárcamo, R.: "La legalización administrativa de la gestación por sustitución en España (Crónica de una ilegalidad y remedios para combatirla)". *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2013, vol. 739, p. 2905-2950.

Bercovitz Rodríguez-Cano, R.: "Hijos made in California", *AC*, núm. 3, 2009 (*Westlaw Aranzadi*, BIB 2009/411)

Calvo Caravaca A.L. y Carrascosa González J.: "Gestación por sustitución y Derecho Internacional Privado: Consideraciones en torno a la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de febrero de 2009", en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, octubre de 2009, Vol. 1, no 2, págs. 294-319.

Calvo Caravaca, A. L., y Carrascosa González, J.: "Notas críticas en torno a la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 de octubre 2010 sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución". *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2011, vol. 3, núm. 1, págs. 247 a 262.

Camarero González, G. J.: “Notas sobre la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de febrero de 2009, en un caso de gestación por sustitución”, *Diario La Ley*, n.o 7910, Sección Tribuna

Cerdà Subriach, J.: “La insostenible legalización de facto de la maternidad subrogada en España. A propósito de la Instrucción de 5 de octubre de 2010 de la DGRN.” *Abogados de familia*, 2011, no 60, p. 1-9.

Cervilla Garzón, M.J.: “Gestación subrogada y derecho a prestación por maternidad. A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de octubre de 2016”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 4, 2017

De Torres Perea, J. M.: “Comentario de la STS de 6 de febrero de 2014 sobre maternidad por sustitución desde la perspectiva del interés del menor”. *Diario La Ley*, 2014, vol. 28.

De Verda y Beamonte, J.R.: “Inscripción de hijos nacidos mediante Gestación por sustitución (a propósito de la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 15 de Valencia, de 15 de septiembre de 2010)”, *Diario La Ley*, n.o 7501, Sección Tribuna, 3 de noviembre de 2010.

Farnós Amorós, E.: “Inscripción en España de la filiación derivada del acceso a la maternidad subrogada en California. Cuestiones que plantea la Resolución de la DRGN de 18 de febrero de 2009”. *InDret*, 2010, núm.1, págs. 1 a 25

Fernández-Sancho Tahoces, A.: “Eficacia jurídico registral del contrato de gestación subrogada”, en *Revista Aranzadi Doctrinal* no 6/2011, 9 de septiembre

González Martín, B.: “No inscripción en el Registro Civil español de los menores nacidos mediante gestación por sustitución”, *El Notario del Siglo XXI*, 2013, no 54

Guzmán Zapater, M.: “Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010. El acceso al Registro español de los nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución”, en *El Notario del siglo XXI*, noviembre/diciembre de 2010, no 34

Heredia Cervantes, I.: “La Dirección General de los Registros y del Notariado ante la gestación por sustitución”. *Anuario de Derecho Civil*, 2013, vol. 66, núm. 2, págs. 687 a 715

Hernández Rodríguez, A.: “Determinación de la filiación de los nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución: ¿Hacia una nueva regulación legal en España?”. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2014, vol. 6, núm. 2, págs. 147 a 174

Jiménez Martínez, M. V.: “La inscripción de la filiación derivada de la gestación por sustitución”. Problemas actuales. 2012. Anuario Facultad de Derecho – Universidad de Alcalá V (2012) 365-381

Jiménez Muñoz, F.J.: “La reproducción asistida y su régimen jurídico”, *Co-lección Jurídica General*, Monografías, Madrid, 2012.

Lamm, E.: “Gestación por sustitución. La importancia de las sentencias del Tribunal Europeo de derechos humanos y su impacto”. 2015. *Ars Iuris Salmanticensis*, vol. 2, diciembre 2014, 43-50

Lasarte Álvarez, C.: “La reproducción asistida y la prohibición legal de maternidad subrogada admitida de hecho por vía reglamentaria”, en *Diario La Ley*, no 7777, Sección Doctrina, 17 de enero de 2012, año XXXIII, págs. 1-15

Leonseguí Guillot, R. A.: “La maternidad portadora, sustituta, subrogada o de encargo”. 1994. *Boletín de la Facultad de Derecho*. Número 7.

Muñoz De Dios Sáez, L. F.: “¿ Se ha legalizado o no el alquiler de vientres?”. *El Notario del Siglo XXI*, 2010, no 34, p. 45-50.

Nicolas Torán, A.: “La Gestación por sustitución en España. Estudio doctrinal y reciente jurisprudencia”. 2015.

Orejudo de los Mozos, P.: “Reconocimiento en España de la filiación creada en el extranjero a través de la gestación por sustitución”, en Navas Navarro, S. (Dir.), *Iguals y diferentes ante el Derecho privado*, Valencia, 2012, pp. 469-471

Pérez Monge, M.: "Cuestiones actuales de la maternidad subrogada en España: regulación versus realidad". *Revista de Derecho Privado*, 2010, p. 41-64.

Pérez Vaquero, C.: "Diez claves para conocer los vientres de alquiler". *Noticias Jurídicas*, 2010

Quiñones Escamez, A.: "Doble filiación paterna de gemelos nacidos en el extranjero mediante maternidad subrogada". *InDret*, 2009, no 3.

Romero Coloma A.M.: "La maternidad subrogada a la luz del Derecho Español", *Dilex*, Madrid, 2016

Sáez-Santurtún Prieto, M.: "La maternidad subrogada: estado actual de la cuestión a raíz de la STS de 6 de febrero de 2014". *Diario La Ley*, 2014, núm. 8293, págs. 1 a 6,

Salvador Gutiérrez, S.: "Reconocimiento registral de la determinación en el extranjero de doble filiación paterna mediante técnicas de gestación por sustitución", en [http://www.elderecho.com/civil/Reconocimiento-determinacion-extranjero-gestacion-sustitucion\\_11\\_455680009.html](http://www.elderecho.com/civil/Reconocimiento-determinacion-extranjero-gestacion-sustitucion_11_455680009.html)

Sánchez Aristi R.: "La gestación por sustitución: dilemas éticos y jurídicos." *Humanitas Humanidades Médicas*, 2010, vol. 136, p. 13-38.

Souto Galván, B, et al.: "Aproximación al estudio de la gestación de sustitución desde la perspectiva del bioderecho". 2005. *Foro, Nueva época*, núm. 1/2005: 275-292

Vaquero López, C.: "La denegación de acceso al Registro Civil español de la filiación derivada de un contrato de gestación por sustitución a la luz de la jurisprudencia del TEDH: comentario del ATS de 2 de febrero de 2015". *Aranzadi Civil*, 2015, no 982.

Vázquez Muiña, T.: "La inscripción en el Registro Civil Español de los hijos nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución.", 2013.

Vela Sánchez, A. J.: "Comentario a la iniciativa legislativa popular para la regulación de la gestación por subrogación en España". *La Ley*, 2015, no 8457, p. 13.

Vela Sánchez, A. J.: “De nuevo sobre la regulación del convenio de gestación por sustitución o de maternidad subrogada en España: a propósito de la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 23 de noviembre de 2011”. *Diario La Ley*, 2012, vol. 7815.

Vela Sánchez, A. J.: “La gestación por encargo desde el análisis económico del derecho. Medidas anticrisis desde el Derecho de Familia”. *Diario La Ley*, 2013, no 8055, p. p1-14.

Vela Sánchez, A. J.: “Los hijos nacidos de convenio de gestación por sustitución «pueden» ser inscritos en el registro civil español. A propósito de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 26 de junio de 2014”. *Diario La Ley*, 2014, núm. 8415, págs. 1 a 13.